

THÈSE DE
DIJON.

1887

N^o. 1

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON.

DE LA STIPULATIO PŒNÆ
EN DROIT ROMAIN

DU MONOPOLE
DES AGENTS DE CHANGE
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE DE DOCTORAT

Soutenue le Mercredi 13 Juillet 1887

PAR

ÉTIENNE BARBEROT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

DIJON

IMPRIMERIE EUGÈNE JOBARD

Place Darcy, 9.

DE LA STIPULATIO PŒNÆ

EN DROIT ROMAIN

DU MONOPOLE

DES AGENTS DE CHANGE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE DE DOCTORAT

Soutenue le Mercredi 13 Juillet 1887

PAR

ÉTIENNE BARBEROT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Sous la présidence de M. MONGIN, *professeur.*

SUFFRAGANTS	{	MM. RENARDET, <i>professeur.</i>
		BAILLY, <i>id.</i>
		WEISS, <i>agrégé.</i>

DIJON

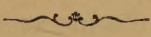
IMPRIMERIE EUGÈNE JOBARD

Place Darcy, 9.

MEIS
MAGISTRIS
AMICIS

DROIT ROMAIN.

DE LA STIPULATIO PŒNÆ.



INTRODUCTION.

L'obligation, énoncent les Institutes, est un *lien, vinculum*; et ce langage figuré, fort exact, fait surgir dans l'esprit plus d'une pensée où la même image reparait. On cherche ses points extrêmes, ses modes d'attache, la façon de le déplacer, celle de le dénouer; puis, avant tout, le mécanisme de sa formation.

Le droit romain primitif apporte réponses à toutes ces questions, mais il le fait avec une rigueur excessive, avec une précision minutieuse; les situations générales, les formes les plus répandues attirent seules ses regards. Il s'attache au présent sans souci de l'avenir et se trouve pris au dépourvu en maintes circonstances; aussi les

citoyens désireux de contracter dans une situation originale, c'est-à-dire non prévue, se trouvaient-ils, vraisemblablement, fort embarrassés.

Des volontés nues étaient insuffisantes. Le droit civil, favorable au formalisme, ne s'incline point devant le seul consentement : une convention deviendra contrat, sera consacrée, pleine de vie ou ne sera point du tout. Dès lors qu'arriva-t-il fatalement? Les parties rusèrent avec la loi, recoururent aux détours; le consentement formé, elles cherchaient ingénieusement un procédé légal qui pût sanctionner, garantir d'une façon indirecte l'exécution de l'obligation irrégulière *jure civili*.

Ce fut ainsi que naquit la *stipulatio pœnæ* (1), appelée à obtenir dans la suite d'autres raisons d'être.

Cherchons-la afin de l'étudier sur place. Le chapitre I remplira ce but; et, puisqu'il est question d'une *pœna*, nous nous demanderons alors quand est-elle encourue? Enfin, quels effets en résultent?

CHAPITRE I^{er}. *Applications de la stipulatio pœnæ. Sa nature. Ses formes.*

CHAPITRE II. *Quand et dans quelle mesure la pœna est-elle encourue?*

CHAPITRE III. *Effets de la pœna devenue commissæ.*

Nous voulons employer les deux procédés essentiels de toute méthode, l'analyse et la synthèse; la première étant ici, comme partout, l'antécédent de la seconde; mais il

(1) Nous dirons tantôt *stipulatio pœnæ*, tantôt stipulation pénale; évitant, d'ordinaire, les mots : clause pénale. Leur saveur toute française serait de nature à provoquer des méprises.

faut savoir en convenir, la synthèse, celle qui consiste à présenter un corps de doctrine, à déduire l'effet de la cause, la conséquence du principe, sera particulièrement difficile. Les solutions qu'un raisonnement serré aura édifiées seront presque toujours ébranlées par des textes. Des exceptions se présenteront en tel nombre que la règle sera contestée.

Il importe de remarquer que les jurisconsultes romains, d'ailleurs, n'ont jamais traité la *stipulatio pœnæ, ex professo*. Le Code de Justinien est silencieux ; le Digeste ne lui consacre aucun titre, et, s'il nous la montre fréquemment, on ne voit pas découler de l'accumulation d'*espèces* des règles précises sur la *pœna commissæ*, sur les effets entraînés. La volonté des parties essentiellement mobile, les modifications que comportent les différentes époques du droit civil font de la *stipulatio pœnæ* une sorte d'acte juridique insoumis aux raisonnements des commentateurs actuels. On sait comment elle commence, mais l'on cherche parfois comment elle finit. Son activité nous déroute.

CHAPITRE PREMIER

APPLICATIONS DE LA STIPULATIO PCENÆ. SA NATURE. — SES FORMES.

SOMMAIRE. — Des textes nombreux présentent la *stipulatio pænæ*. Les trois systèmes de procédure romaine l'ont connue. La nature de la *stipulatio pænæ* a été unifiée. Pothier, Vangerow, Doneau, M. Accarias. La loi 115 (Dig. XLV-1) a grande importance. La *stipulatio pænæ* a deux formes et deux natures. Sous Justinien le droit se rapproche de notre Code civil. Les stipulations et promesses pour autrui prêtent à controverse par l'emploi qu'elles font de la stipulation pénale.

I.

Les Institutes apportent trois textes intéressants. Au titre : *des servitudes*, elles nous disent : « Si quelqu'un veut constituer une servitude à son voisin, il doit le faire par des pactes et des stipulations (1). » Comment? — A Rome, le simple consentement n'a jamais pu transférer un droit réel, — propriété ou l'un de ses démembrements ;

(1) L. II, t. III, p. 4. V. également au titre IV, p. 1 : « *Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet* » Ce que nous dirons des servitudes prédiales s'applique, avec changements faciles, à l'usufruit.

— un mode de transmission, spécial et déterminé, était nécessaire, mais aucun ne pouvant s'appliquer aux fonds provinciaux, non susceptibles du *dominium ex jure Quiritium*, on demandait à la *stipulatio pœnæ* son concours. Après avoir déterminé la nature et les conditions de la future servitude, le débiteur s'engageait, sous peine de payer une somme, à ne pas entraver l'exercice de la part du créancier. Celui-ci avait donc, sans prétendre au droit réel (1), toutes chances d'obtenir le résultat qu'il cherchait.

Dans ce cas, le but est analogue à celui que nous avons signalé au début de cette étude : arriver à une réalisation indirecte en faisant échec aux exigences du droit par une manœuvre aussi habile qu'innocente.

Laissons encore la parole à Justinien : « Ce ne sont pas seulement les choses qui peuvent être stipulées, ce sont aussi les faits ; par exemple, si nous stipulons qu'on fera ou qu'on ne fera pas quelque chose. Dans de telles stipulations il sera excellent d'ajouter une peine afin que la quantité stipulée ne soit pas incertaine et que le demandeur n'ait pas besoin de prouver son intérêt. C'est pourquoi, quand on stipule un fait, une peine doit être ajoutée en ces termes : Faute d'exécution de ce fait, me promettez-vous, à titre de peine, dix sous d'or?... (2) » Dans tous les cas où l'objet de la stipulation consiste en un fait (3), la stipulation est incertaine parce que l'intérêt du stipulant ne se révèle pas dans l'énoncé de cette stipulation : or, en cas d'inexécution, la condamnation qui doit représen-

(1) Le bénéficiaire ne pourra jamais intentier l'action *confessoria*.

(2) L. III, t. XV, p. 7.

(3) On entend par là, faire et ne pas faire.

ter l'intérêt est d'une fixation difficile. Avec une *stipulatio poenæ*, la stipulation, d'incertaine devient certaine.

En cette circonstance, le but n'est point celui qui avait été précédemment découvert ; l'obligation principale n'était pas compromise, elle devait produire effet en faisant donner au créancier une somme d'argent ou en amenant une exécution forcée aux frais du débiteur (1). N'a-t-on pas cherché plutôt à régler par avance les dommages-intérêts et, si l'on veut aussi, à assurer l'exécution d'une obligation principale, mais en prenant cette phrase dans un sens qui ne saurait être celui des lignes précédentes ? Cette fois, l'obligation principale était reconnue par le droit civil qui l'aurait sanctionnée. L'idée de la clause pénale française vient, ici, justement à l'esprit ; idée connexe à celle de dommages et intérêts conventionnels, et le souvenir des articles 1226 et suivants de notre Code est avivé (2).

Cette même stipulation d'un fait rejetée en arrière, de plusieurs siècles, nous montrerait la stipulation de peine remplissant alors avec elle le but que nous appellerons dorénavant le premier, d'autant que la chronologie lui attribue ce numéro.

L'obligation de faire (ou de ne pas faire) n'eut, en effet, pendant un long temps, à Rome, aucune valeur juridique, et la stipulation portant sur un *facere* était une sorte de pacte : aucune action dès lors. Justinien, par la tournure

(1) Il n'est pas exact de dire invariablement : *nemo precise ad factum cogi potest*. Un fait peut parfois être exécuté par un autre que le promettant.

(2) V. au Code civil : Des obligations avec clauses pénales ; cette section forme une sorte d'appendice à celle des articles 1146 et s. La clause pénale a un double but : 1° Assurer l'exécution de la convention à laquelle elle se rattache ; 2° au cas où ce résultat ne pourrait être atteint, soustraire à l'arbitraire du juge la fixation des dommages et intérêts.

extensive de son langage — paragraphe 7, — semble bien rappeler cet état de choses antérieur qui ne permettait pas de *deducere factum in stipulatum*. Un ancien système est aboli, on le sent. Gaius met de son côté une grande insistance à exposer comme formule de stipulation vraiment romaine, comme mots en usage primitivement et exclusivement, les expressions : *Dari spondes? Spondeo* (1). Dans la suite il est toujours question d'un *dare*. Plusieurs textes du Digeste accouplent la stipulation de peine aux obligations de faire ou de ne pas faire et établissent ainsi un groupement nécessaire, un mariage de raison. Déjà l'on s'explique comment la *stipulatio poenæ* est entrée dans les habitudes romaines.

Un autre paragraphe des Institutes met la *stipulatio poenæ* en action : « Nul ne peut, comme on l'a déjà dit, stipuler pour autrui..... Toutefois, si l'on veut arriver à ce résultat, il conviendra de stipuler une peine, de telle sorte que le fait prévu n'étant point accompli, la peine soit encourue indépendamment de tout intérêt; car là où une peine a été stipulée, on n'examine pas quel est l'intérêt du stipulant, mais bien quelle quantité la stipulation comprend et à quelle condition elle est subordonnée (2). » C'est le premier but qui est visé; le texte s'exprime clairement. Il convient lui-même qu'il s'agit d'atteindre indirectement à un résultat dont la loi écarterait qui s'y acheminerait sans détour.

Nous reviendrons sur ce paragraphe en nous préoccupant des différentes formes de la stipulation pénale et des

(1) C. III, § 93. *Sed hæc quidem verborum obligatio : Dari spondes? spondeo, propria civium Romanorum est.*

(2) L. III, t. XIX, § 19. Voir aussi le § 21.

variations qu'elles entraînent au fond ; pour le moment, cherchons encore à prendre pied.

En matière de vente la *stipulatio de evicione* est une *stipulatio pœnæ* que les parties font à l'instigation des édiles ; de bonne heure ces magistrats municipaux prescrivirent dans les ventes d'esclaves la stipulation, en vue d'éviction, d'une peine pécuniaire représentant deux, trois ou quatre fois le prix (1). Généralement l'on choisissait 2 pour multiplicateur, d'où les mots : *stipulatio duplæ* ; peu à peu cette promesse s'étendit à d'autres ventes et finit par devenir obligatoire. Nous rencontrons le second but avec cette bizarrerie que les avantages recherchés par le stipulant émanent d'une initiative étrangère.

Les pactes restant sans effet ou du moins n'engendrant qu'une exception avaient grand besoin de la stipulation pénale afin d'acquérir efficacité. Elle remplit cet emploi, Paul l'enseigne ; mentionnant que la stipulation Aquilienne pouvait aussi rendre service, il écrit : « *Sed consultius est huic pœnalem quoque stipulationem subjungere quia...* (2). » Il faut toucher le premier but ; il semble vraiment avoir servi de point de mire plus souvent que le second, mais un coup d'œil jeté sur la procédure romaine révélera qu'en maintes circonstances il y a place pour la *stipulatio pœnæ* dans ses rapports avec les dommages-intérêts.

Le droit romain a successivement connu et pratiqué

(1) Paul, *Sent.* L. II, t. XVII, p. 2. Les paragraphes voisins comptent parmi les textes qui ont inspiré à M. Girard un savant article sur l'action *auctoritatis*. On le trouve dans la *Nouvelle Revue historique*, année 1882, p. 180.

(2) L. 15, D. II, 15. Paul, *Sent.* L. I, t. I, p. 3, et L. II, t. XXII, p. 2 : *Omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit.*

trois systèmes de procédure : le système des actions de la loi, *actiones legis*, le système formulaire, *formulae*, le système extraordinaire, *cognitio extra ordinem*. Le premier tient à l'écart les dommages et intérêts. Propriétaire ou créancier obtient l'objet précis de son droit ; le juge ne recherche pas si l'absence d'exécution volontaire, si le retard doivent, en bonne justice, réagir sur la condamnation. L'inconvénient est capital, mais il est loisible d'y parer en enfermant une somme dans une stipulation pénale pour les hypothèses d'inexécution ou de retard.

A cette époque, comptait parmi les actions de la loi, la *judicis postulatio*. On est peu éclairé sur elle ; ce qu'en disait Gaius nous fait défaut, mais on la sait cependant plus complaisante que ses compagnes. Elle se prêtait à des calculs et à des considérations pratiques et donnait plus de garanties à l'exactitude de la condamnation ; l'utilité de la peine stipulée, donc, s'en amoindriissait sans disparaître cependant : les parties en recourant à elle se mettaient en garde contre les fantaisies du juge ou ses erreurs.

Le système formulaire régna pendant la période brillante de la jurisprudence romaine ; ses origines font l'objet de nombreuses controverses, mais ses caractères distinctifs sont suffisamment déterminés et nous intéressent seuls ici. Pour être fixé sur la *stipulatio poenæ*, il suffit de s'attacher à la division des actions qui a comme bases la nature et l'étendue des pouvoirs que la formule donne au juge ; elle comprend : les actions arbitraires, *stricti juris* et *bonæ fidei*.

Dans les premières, le défendeur, après avoir perdu le procès, pouvait obtenir son absolution en donnant au demandeur une satisfaction arbitrée par le juge. Cette *taxatio* sera conjurée comme on le devine.

S'agit-il des secondes, le juge s'attache à la lettre du contrat qui l'emprisonne souvent dans un cercle étroit et inflexible, ne lui permettant que par hasard de fixer une somme (1) de condamnation satisfaisant le gagnant. En outre, l'estimation du litige se fera au moment de la *litis contestatio*, en sorte que, un préjudice très considérable fût-il éprouvé par suite de retard dans l'exécution, aucune indemnité ne pourrait être accordée. La stipulation de peine, fort heureusement, interviendra avec une indemnité qui pourra correspondre aux intérêts moratoires, comme nous disons chez nous, ou aux fruits, suivant les cas.

Les actions *bonæ fidei*, elles, nous ramènent un peu à l'état de choses que nous constatons chaque jour : *placuit in bonæ fidei judiciis affectus rationem habendam*, le simple intérêt d'affection est considéré et le juge supplée *ea quæ sunt moris et consuetudinis*. Toutes les caractéristiques des actions précédentes disparaissent et toutes les conséquences parfois si éloignées de l'équité s'en vont aussi ; ce qui reste à craindre alors c'est l'appréciation du juge. Il se demande : Y a-t-il un dommage ? si oui, quelle en est l'étendue ? — On coupera court à ses interrogations par la *stipulatio pænæ* ; elle jouera le rôle français ; nous la qualifions : clause pénale.

La période formulaire fit place à la période extraordinaire sous laquelle la stipulation de peine perd son originalité. Elle fixe le *quantum* des dommages.

Nous n'avons pas l'intention d'insister davantage en

(1) Toutes les condamnations sont pécuniaires sous le système formulaire ; Voir Gaius, C. IV, § 48. Cette particularité tient à son origine : il est dû au prêteur pérégrin qui dans la formule adressée au juge ne pouvait parler ni de reconnaissance ou d'attribution de droit réel *ex jure Quiritium*, ni d'exécution directe d'une obligation puisque les parties n'étaient pas des citoyens romains.

multipliant les cas d'application ; l'objet de notre étude est connu de vue et de nom. Nous employions justement le mot d'activité, dans l'introduction ; ce rapide aperçu en donne la preuve. La *stipulatio pœnæ* s'agite à toutes les époques, cherchant sans cesse à accomplir quelque bonne œuvre juridique ; avant tout, l'oisiveté l'effraye, elle se met aux services de tous les régimes. On la qualifierait volontiers de : procédé, ayant des vues utilitaires. Que veut-elle toujours ? Assurer l'exécution d'une obligation ; soit que cette obligation méconnue par le droit civil reste naturelle, soit que, couronnée par lui, elle coure seulement le risque d'être inexécutée en fait.

II.

La nature de la *stipulatio pœnæ* a fixé l'attention des auteurs qui, sans souci des formes qu'elle pouvait affecter, ont voulu la considérer comme une.

Pothier (1) déclare qu'elle est invariablement une évaluation anticipée des dommages-intérêts que le créancier sera en droit, le cas échéant, de réclamer au débiteur.

Ce système n'est pas nôtre ; ce que nous avons dit, ce que nous écrirons dans la suite le contredit formellement. L'idée de dommages-intérêts n'a pas sa place en présence d'une obligation rejetée par le droit civil ; plusieurs des exemples par nous cités, en indiquant une somme à payer, font voir en elle la garantie indirecte de l'exécution d'une obligation principale. En d'autres termes, le premier but réprouve énergiquement ce système, et nous ajouterons, en

(1) *Traité des obligations*, n° 339 et s. Avant lui, Azon et Dumoulin.

songeant au second, que la *pœna* illimitée dans son extension pouvait n'avoir aucun rapport avec le préjudice causé ; de ce chef encore il faut abandonner cette analogie constante avec les dommages-intérêts.

Viennent deux autres opinions : l'une fait dominer le caractère conditionnel ; l'autre se représente plus volontiers la stipulation pénale comme l'accessoire d'une obligation principale qui la précède (1). Nous les embrassons l'une et l'autre non point que nous soyons poussés par un désir immodéré de la conciliation, mais parce qu'un texte de Papinien détaille, pour ainsi dire, la *stipulatio pœnæ* ; cherchant à quelle époque la peine est commise, il s'attache à deux formes successives afin de résoudre cette question. La loi 115 (§ 2) (2) est un texte fondamental ; il ne se contente pas d'éclairer le sujet actuel, mais il fournit son aide en plus d'une circonstance ; on peut dire de lui en prenant son idiome : *caput et fundamentum*. Aussi, nous le citons et le traduisons : « Item si quis ita stipuletur : Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes ? Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari. Sabinus autem existimabat, ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum : et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret : idque defendebat exemplo penus legatæ. (Mucius) etenim heredem, si dare potuisset penum, nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit : idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem, et ipsius rei natura. Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a conditione cœpit : veluti, si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes ? Sed ita concepta sit stipulatio Pamphilum dare

(1) Vangerow ; quant aux partisans du caractère conditionnel, avec prépondérance, ils comptent Doneau, Du Caurroy, M. Accarias.

(2) D. L. XLV, t. I.

spondes ? Si non dederis, tantum dari spondes ? Quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. Sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit : quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur, aut pecunia petatur. » « De même, si quelqu'un stipule en ces termes : Si vous ne donnez pas Pamphile, promettez-vous de donner cent ? Pégasus répond que la stipulation ne se réalise que lorsque Pamphile a cessé de pouvoir être donné. Quant à Sabinus, il pensait, d'après l'intention probable des contractants, que dès que l'esclave a pu être donné, on peut agir ; et que l'on ne peut agir, en vertu de la stipulation, tout le temps qu'il n'a pas dépendu du promettant de donner l'esclave. Il appuyait cet avis sur l'exemple du legs d'aliments. Mucius a écrit, en effet, que l'héritier, s'il a pu livrer les aliments et ne l'a pas fait, est immédiatement débiteur de la somme léguée : et cela a été admis par raison d'utilité d'après la volonté du défunt et la nature même des choses. C'est pourquoi la solution de Sabinus peut être admise, si la stipulation n'a pas commencé par une condition, comme : Si vous ne donnez pas Pamphile, promettez-vous de donner tant ? Mais si la stipulation a été conçue en ces termes. Promettez-vous de donner Pamphile ? Si vous ne le donnez pas, promettez-vous de donner tant ? Cette solution de Sabinus n'est pas douteuse, lorsqu'on prouve que l'intention des parties a été que si l'esclave n'était pas donné, l'esclave et la somme fussent dus. Mais la même solution doit être admise s'il a été prévu que la somme seule serait due à défaut de paiement de l'esclave, puisque l'intention a été que l'esclave soit donné ou l'argent demandé. »

Papinien distingue deux stipulations ; l'une *a conditione cæpit*, l'autre *non a conditione cæpit*. Nous développons ainsi : la première est un contrat principal conditionnel ; la seconde un contrat accessoire conditionnel. La nature va de pair avec la forme ; Papinien par l'avis qu'il émet sur l'espèce : *si Pamphilum...* applique les règles de l'accomplissement des conditions ; par celui qu'il énonce au cas de : *Pamphilum dari spondes ? Si Pamphilum...* il dénote bien

que deux prestations sont *in obligatione*. Obligation alternative ou conjonctive? La réponse viendra avec le chapitre III; mais la peine subit le contre-coup de la formule. Pour peu que l'on se tienne à l'époque des rigueurs juridiques, quand les paroles sont sacramentelles et fatales dans leurs résultats, l'hésitation ne nous semble pas autorisée. Si l'on prend l'intention des parties en considération, les règles seront forcément ébranlées et l'on pourra avec Sabinus, dans la stipulation qui *a conditione cœpit*, permettre la demande en justice de la *pœna* alors que l'esclave n'a pas cessé de pouvoir être donné.

En premier lieu, il a été dit : *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes? Spondeo*. Quelle est la situation des parties, nous devons la pénétrer. Elles ont créé une seule obligation soumise à une condition que le débiteur peut ou non faire défaillir; il se libérera, s'il le désire, en offrant une chose que le créancier n'était pas en droit d'exiger. Voilà donc une obligation ne comprenant qu'une seule prestation avec faculté pour le débiteur de se libérer en accomplissant une autre prestation *aliud pro alio*. Ainsi *centum* est *in obligatione* et *Pamphilus* *in facultate solutionis, in exsolutione*, dit Paul qui choisit cette forme de stipulation pénale : « *Si ita stipulatus sim, si fundum non dederis, centum dare spondes? Sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus* (1). » L'obligation est facultative.

Le nom de *stipulatio pœnæ*, employé par les Romains, se justifie néanmoins, car il fait allusion à un vœu secret, à un but réel; les *centum* avaient mission d'influencer le débiteur. S'il n'accomplissait pas le fait mis *in conditione*

(1) L. XLIV, t. 7. D. L. 44, p. 5.

— la véritable prestation au fond de la volonté — il payerait cher, il subirait une prestation lourde, un châtiment, une *pœna*.

En second lieu, la distinction apporte : *Pamphilum dare spondes?* — *Spondeo*. — *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?* — *Spondeo*. Il y a deux contrats et le deuxième tient au premier en lui prenant son objet pour condition ; si le premier n'aboutit pas, le créancier ne sera pas forclos, il a prévu le cas, et par le second y a pourvu, car la défection du contrat principal amène la réalisation de la condition du contrat accessoire. C'est un des cas où l'on peut parler de clause pénale ; l'analogie est plus grande que dans la forme examinée précédemment : celle du contrat principal conditionnel.

Accessoire et conditionnel, le deuxième contrat renferme une dualité ; sans doute un des caractères domine, mais lequel ? Le caractère conditionnel, proclame tout un système que nous avons signalé et qui compte parmi ses champions M. Accarias. Nous lui empruntons une phrase topique (1) : « Je formule ainsi ma doctrine : L'obligation dite principale n'a d'autre valeur ici que celle d'un fait mis *in conditione*, et par conséquent la stipulation pénale n'est gouvernée que par les règles ordinaires des obligations conditionnelles. »

Pour d'autres la qualité d'accessoire ne passe point inaperçue ; on ne l'efface pas et c'est plus sage. D'abord nous objecterons dès maintenant, sauf à déployer la remarque au courant de notre travail, que les mots principal et

(1) *Précis de droit romain*, t. II, n° 540. Ce système tend à confondre les deux formes de la loi 115 ; d'une façon générale, il déclare : La stipulation pénale est soumise à toutes les règles de la condition, qu'elle soit principale ou apparemment accessoire.

accessoire étant corrélatifs, si on nie l'accessoire il serait de bonne logique de taire le principal ou d'en parler discrètement. Obligés de chercher dans la suite si la clause pénale, par exemple (1), rend indivisible une obligation divisible, tous les auteurs et notamment ceux qui appartiennent à la doctrine que nous fuyons se préoccupèrent beaucoup d'une distinction ici méconnue. On parlera sans relâche de l'obligation qui précède l'autre — euphémisme concluant — et qui loin de se laisser impressionner par l'obligation accessoire lui imprime, au contraire, sa nature (2).

Le caractère accessoire est profondément marqué dans l'espèce que nous examinons et qu'il ne faut point perdre de vue. Comment l'établirait-on ? Aucune théorie générale n'a jamais été installée, énonçant et commentant les rapports de deux obligations ainsi unies, mais une règle de bon sens nous amène à penser que la subordination se traduit ainsi : Lorsque l'obligation principale ne se forme pas, son accessoire ne prend pas naissance. Au contraire, l'accessoire ne fût-il pas assuré, l'obligation principale n'est en rien compromise. Et la loi 129 § 1 (3) fait un état : *Cum principalis causa non consistit ne ea quidem quæ sequuntur locum habent*. Des textes viennent d'ailleurs à l'appui de ces deux propositions ; la première se réclamera de la loi 69 (Dig. I. XLV, t. I) : *Si homo mortuus sisti non potest, nec pœna rei impossibilis committetur* :

(1) Le chapitre II : Quand et dans quelle mesure la *pœna* est-elle encourue ? met à plusieurs reprises en relief les rapports de principal à accessoire.

(2) Que deviendra la formule : « L'obligation dite principale n'a d'autre valeur ici que celle d'un fait mis *in conditione*. » Méfions-nous des formules, elles ne sont pas plus la sagesse des auteurs que les proverbes celle des nations.

(3) Livre L, t. XVII. Dig.

quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, pœnam stipuletur. La première stipulation — dans chacun des deux cas — est nulle parce qu'elle a pour objet une chose qui n'existe pas, mais la seconde l'est aussi ; pourquoi ? Prise isolément, elle ne porte cependant aucun vice qui, suivant la théorie générale sur les contrats, ait pu empêcher sa formation ; elle est nulle parce que l'obligation principale l'est elle-même (1).

Notre seconde proposition dédaigne-t-elle de s'imposer sans textes ? Le même titre du Digeste lui apporte la loi 97 : *Si ita stipulatus fuero, te sisti ? Nisi steteris, hippocentaurum dari ? proinde erit atque te sisti solummodo stipulatus essem.* La stipulation pénale ne peut naître à cause de l'impossibilité physique de son objet, mais la première est debout. Il reste une obligation principale solitaire.

Et la loi 126, paragraphe 3 : *Si ita stipulatus fuero, te sisti et nisi steteris, aliquid dari quod promittenti impossibile est : detracta secunda stipulatione, prior manet utilis : et perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem.*

Les deux propositions semblent prouvées ; cependant un texte fait valoir la *stipulatio pœnæ* alors que la première obligation a cessé d'exister. Cette marque d'indépendance inquiète quelques esprits et nous sommes heureux de pouvoir leur procurer le calme en présentant le fait sous son vrai jour : « (2) *Proinde si servum occidisti, quem sub pœna tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium.* » Un esclave promis *sub pœna* a été tué par un tiers

(1) La condition impossible négative se confond avec la condition nécessaire et laisse le contrat pur et simple, il importe de s'en souvenir.

(2) Livre IX, t. II. D. Loi 22. *Ad legem Aquiliam.*

et le débiteur reste tenu de payer la *pœna*, lui qui devrait être libéré, puisque la perte de la chose due est un mode d'extinction spécial aux obligations de corps certains. On place en ses mains l'*actio legis Aquiliæ* afin d'obtenir le montant du préjudice à lui causé.

Une explication a charmé quelques commentateurs ; elle n'est cependant pas élégante : la loi 22 sous-entend la forme d'une stipulation pénale principale conditionnelle. — Vaine réponse ; l'expression *promisi* trahit que l'esclave tué était l'objet d'une stipulation, forcément première et principale. La naissance de cette stipulation, naissance fort régulière, — *ab initio* l'objet de l'obligation était un esclave intact, — avait permis à la stipulation pénale de s'attacher au flanc d'une obligation que nous trouvons plus tard anéantie, sans que sa mort soit contagieuse. Nous n'avons pas lieu d'en être surpris ; notre pensée primitive suit son cours : au moment de la formation des deux obligations, l'on dit hardiment en se préoccupant de leurs liens : si l'obligation principale ne peut se former, l'autre est aussi compromise et reste à son tour dans les limbes ; mais, au contraire, lorsqu'à l'apparition régulière de l'obligation principale et première, la *stipulatio pœnæ* est venue heureusement se joindre, elle acquiert de suite, au berceau, toute indépendance, obtient l'autonomie et pourra assister sans trouble à la ruine de cette première. La solution de la loi 22 rentrait dans le cadre de nos prémisses sans en fausser les bords.

Que les contractants aient prévu l'issue fatale de la première obligation et l'aient déjouée, quoi de surprenant d'ailleurs ! L'accessoire suit le principal, tient à lui, mais il n'est point encastré au point de se briser quand tombe celui-ci ; la stipulation pénale est en sous-ordre, mais ap-

pelée à prendre éventuellement une sorte de succession : elle deviendra peut-être principale conditionnelle, et dans notre dernier exemple l'esclave n'étant point livré, la condition se réalisant, la *pœna* sera payée. Nous aurons vu un créancier chercher à mettre les risques à la charge du débiteur, chercher dans le procédé du contrat une garantie, une assurance que lui promet le mécanisme décrit. Trouve-t-on rien de bizarre en tout cela ?

L'examen indispensable des stipulations à leurs premiers instants et la nécessité d'une obligation principale irréprochable qui permettra à l'autre sa formation amènent une conséquence, niée par nombre d'auteurs, dans la théorie des stipulations et promesses pour autrui. Ils s'appuient, sans distinction d'époque, sur le paragraphe 19 des Institutes déjà cité (1); ont-ils raison ? Une méprise, chez nous, serait avérée. Il faut discuter leur affirmation ainsi conçue : On ne peut stipuler pour autrui; le stipulant en faveur d'un tiers ne devient pas créancier, et s'il ne peut agir contre le promettant, c'est parce qu'il manque d'un intérêt personnel à la poursuite. Aussi, pour valider la stipulation, il suffit que le créancier stipule *accessoirement* une somme d'argent. Justinien le décide.

Notre observation serait alors en défaut; le contrat principal était nul, partant l'obligation accessoire impossible. Aussi prétendons-nous que le détour résidait dans l'emploi de la première forme de stipulation pénale, celle qui est principale conditionnelle : l'obligation de la *pœna* était affectée d'une condition négative parfaitement licite. Quant à la seconde forme qui *non a conditione cæpit*, elle

(1) L. III, t. XIX.

est impraticable (1). — Le paragraphe 19 l'indique cependant, réplique-t-on : « ... *Ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit ; sed si addiderit pœnam : nisi dederis, tot aureos dare spondes ? Tunc committitur stipulatio.* »

L'allusion à la seconde forme est transparente ; on l'a parfois contestée, mais nous l'accordons. Peut-être les lignes romaines sont exactes sous Justinien, la logique s'émousse, l'analyse perd sa délicatesse et se fait en gros : que manque-t-il au contrat de stipulation pour autrui ? — Un intérêt personnel au stipulant. — Qu'on l'adjoigne. — Et une seconde stipulation l'apporte.

Quelque *antecessor* byzantin pourrait alors s'exprimer devant la jeunesse *cupida legum* dans les termes d'un maître distingué de la faculté de Bordeaux (2) : « Le principe que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale, souffre des exceptions. La première a lieu lorsque la nullité de l'obligation principale, à laquelle se rattache la clause pénale, est fondée sur le défaut d'intérêt du créancier ; car alors la clause pénale purge le vice dont l'obligation est atteinte en faisant apparaître cet intérêt, de sorte que, par une inversion des règles ordinaires, c'est la clause pénale qui donne la vie à l'obligation principale au lieu de la recevoir d'elle. Ainsi la stipulation pour autrui, déclarée nulle pour défaut d'intérêt du créancier, devient valable lorsqu'elle est accompagnée d'une clause pénale. »

Mais nous inclinons à penser qu'à une époque antérieure les solutions analogues à celles du Code civil n'avaient pas cours à Rome. Le « moins donnant le plus, » voilà qui eût

(1) Voir *des Promesses et Stipulations pour autrui*. Thèse de doctorat, par M. F. Desserteaux, aujourd'hui professeur à la Faculté de droit de Dijon. Cette doctrine trouve son exposition heureuse dans la section II du chap. II, p. 17 et s.

(2) *Précis de Droit civil* par M. Baudry-Lacantinerie, t. II, p. 695.

stupéfait les contemporains des jurisconsultes intransigeants; Ulpien n'est déjà guère formel dans le sens des Institutes. En parcourant le titre : *De Verborum obligationibus* (1), nous avons rencontré le paragraphe 17 de la loi 38. Il nous a touché par sa ressemblance frappante avec le paragraphe 19 des Institutes; en émigrant il a seulement pris de l'extension. Ulpien termine ainsi : « *pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit : sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis.* » Le complément significatif qu'on nous oppose parce qu'il désigne une annexe à la stipulation première n'existe pas, précisément. On examine quelle quantité comprend la *stipulatio pœnæ* et à quelle condition elle est subordonnée; ces mots sont péremptoires et s'adaptent en tous points à la première forme dite principale conditionnelle.

Les mêmes auteurs appliquent à la promesse du fait d'autrui un raisonnement analogue; nous pouvons rapidement l'entendre, rapidement aussi, nous l'espérons, y répondre : La règle *nemo alienum factum promittere potest* subirait une exception dans le cas où l'on a joint à la promesse du fait d'autrui la promesse personnelle d'une peine; l'intention de s'obliger soi-même qu'on ne trouvait pas dans le promettant, résulte de l'addition d'une clause pénale. Et le paragraphe 21 donne, à la traduction : à l'inverse celui qui a promis le fait d'autrui n'est pas réputé obligé, à moins qu'il n'ait lui-même promis une peine (2).

Nous ne le retrouvons pas dans la loi 38, mais l'idée qui l'a dicté est exprimée en termes moins catégoriques,

(1) L. XLV. Dig. t. I. Loi 38, § 17.

(2) Instit. L. III, t. XIX, § 21 : « *Versa vice, qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.* »

mieux en rapport avec notre jugement : « une personne qui promet que telle autre (1) n'accomplira pas tel fait, promet inutilement le fait d'autrui ; mais si quelqu'un veut promettre le fait d'autrui, il promettra sa valeur ou une peine. » Il y a une opposition dont nous prenons acte ; la personne stipule inutilement dans le premier cas et, pour donner une stipulation régulière, elle promettra la peine ou la valeur, mais pas le fait. C'est la *pœna* qui est *in obligatione* ; rien ne révèle deux stipulations. Ulpien indique lui-même, en avocat, le moyen d'éluder une loi : *Si quis velit factum alienum promittere : pœnam, vel quanti ea res sit, potest promittere*. On atteint le résultat par équivalence, en promettant une somme. Le jurisconsulte énonce ce que l'on veut et montre ce que l'on peut.

Bref, la nature de la *stipulatio pœnæ* comme sa forme est double ; tantôt il y a contrat principal conditionnel, tantôt contrat accessoire conditionnel. Dans le premier cas, les règles de la condition s'appliquent ; dans le second, nous l'avons vu, le caractère d'accessoire n'est point à négliger, et ces lignes de Maynz sont pleines d'à propos, en se plaçant à l'origine : « Considérée comme convention accessoire, la *stipulatio pœnæ* suppose nécessairement une obligation principale, civile ou naturelle, présente ou future, pure et simple ou conditionnelle. »

Cette deuxième forme, en raison de son manque d'unité, reste celle dont les règles se déterminent péniblement ; certains principes généraux, toutefois, doivent s'en rendre maîtres. Attachons-nous à elle.

(1) *Præter heredem suum*. Voir les §§ 1 et 2.

CHAPITRE II.

QUAND ET DANS QUELLE MESURE LA PCENA EST-ELLE ENCOURUE ?

SOMMAIRE — L'obligation principale inexécutée avait été contractée à terme ; sans terme. Ne faut-il pas, pour que la *pœna* soit encourue, que l'inexécution soit imputable au débiteur ? Que décider en cas d'inexécution partielle ? Hypothèses de la pluralité de sujets actifs et passifs. La stipulation pénale n'est-elle pas indivisible par elle-même ? Ne rend-elle pas indivisible une obligation principale divisible ? Influence de l'obligation principale sur la stipulation pénale.

La peine sera encourue lorsque la condition sera réalisée, c'est-à-dire lorsque la première obligation n'aura pas reçu l'exécution telle qu'elle devait la recevoir ; pour cela il n'y a pas que le paiement réel, et si le créancier a consenti à un mode d'extinction tout différent : novation, acceptilation, pacte *de non petendo*, etc., la stipulation pénale restera sans effet.

Hors de ces hypothèses, supposons l'obligation principale inexécutée. 1^o Elle avait été contractée à terme. La mise en demeure se fait spontanément et la *pœna* est com-

mise aussitôt. (L. 12, C. VIII, 38.) Justinien statue dans cette constitution, car il y avait eu des controverses; le terme frappe son esprit : « *cum ea, quæ promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere.* » Nous avons vu Paul dédaigner la cause qui a pu amener l'inexécution; il suppose (L. 77, de *Verb. obligat.*) que le débiteur d'une dette contractée à terme vient à mourir. Son hérédité est encore jacente au jour du terme; peu importe, *committetur poena* (1). Labéon n'est pas moins explicite (L. 9, D. de *Nautico fœnore*) : Le débiteur s'était soumis à une peine à défaut de remboursement d'un prêt de transport; au jour de l'échéance du paiement, quoiqu'il n'existe aucun débiteur de la somme à cause de la mort de l'emprunteur précisément, il y aura lieu néanmoins à exiger la peine stipulée comme si le débiteur eût eu un héritier dès ce moment.

2^o L'obligation principale a été contractée sans terme. Un texte que nous avons inséré éclaire cette situation. Sabinus déclare qu'on peut agir dès que l'esclave — dans l'exemple choisi — a pu être donné et qu'on ne doit agir, en vertu de la stipulation, tout le temps qu'il n'a pas dépendu du promettant de donner l'esclave, et cela sans distinguer la forme de la *stipulatio pœnæ*. Papinien sépare, et adopte, en prenant la stipulation accessoire conditionnelle, et cet avis était généralement suivi. Il semble, du reste, en harmonie avec la volonté présumée des contractants; la stipulation accessoire a pour condition l'objet de l'obligation principale; or cette *res debita* doit être envisagée quant à sa prestation avec certaines circonstances

(1) Le pacte comissoire n'est-il pas encouru par la seule échéance du terme également, sans interpellation préalable! Voir XVIII-3, D. Loi 4, § 4.

de temps et de lieu. Le créancier est en droit de poursuivre le paiement de la *pœna* aussitôt que l'obligation n'a pas été exécutée, mais a pu l'être. Le débiteur actionné peut jusqu'à la *litis contestatio* s'affranchir de l'obligation de payer la peine en s'acquittant de l'obligation principale. (L. 21, § 12, D. IV, 8.) *Quid* de la mise en demeure ? Nous la rencontrons dans deux textes (1), mais n'osons pas en conclure qu'elle soit nécessaire pour intenter l'*actio ex stipulatu*.

Est-ce dans tous les cas d'inexécution que la *pœna* est encourue ; ne faut-il pas, en d'autres termes, que l'inexécution soit imputable au débiteur ? Cas fortuit et force majeure libèrent le débiteur de l'obligation principale ; ainsi veulent les principes, et ce serait une conséquence normale — on est tenté de la déduire — de voir par suite libérer le débiteur de l'obligation subsidiaire ; nous disons subsidiaire, fort de l'étymologie (*sub sedere*, se tenir derrière, former la réserve). La seconde obligation, en effet, est mise en réserve ; si la première ne sort pas son objet, on comptera sur la seconde, on s'adressera à elle en sous-entendant toutefois que la première est inexécutée par la faute ou le fait du débiteur. Il convient de forcer la note et d'aller plus loin ; la cause d'inexécution ne sera pas considérée. La loi 22 pr. (*Ad legem Aquiliam*) est dans ce sens et n'indique pas qu'une exception de dol soit accordée au débiteur.

La décision n'est pas absolument imprévue ; des lois déjà rapportées (2) ne regardaient-elles pas, en somme, le retard lui-même comme inexcusable : le débiteur était

(1) Loi 23, D. XLIV-7. Loi 24, D. XXXVI-2.

(2) Loi 77, D. XLV-1, Loi 9, D. XXII-2.

mort et son hérédité restait jacente. Les considérations de charité ou d'indulgence sont fort étrangères au sujet ; pour quoi s'en inquiéter ? si le résultat est voulu par les parties. Mettre à la charge du débiteur tous les cas fortuits pouvait être une fin de la *stipulatio pœnæ*. Un de ses buts, disait le chapitre 1^{er}, consiste à garantir l'exécution d'une obligation ; il sera ainsi énergiquement, irrévocablement atteint ; le créancier peut dès l'origine être certain de recevoir une prestation, quels que soient les événements à venir.

L'affirmation n'exclut pas des particularités divergentes ; nous n'avançons pas aveuglément que toujours l'inexécution rende la *pœna commissæ* ; l'intention des parties a droit au respect et peut modifier les résultats antérieurement rappelés. Ayant souci de tous les textes, on citera la loi 2 (*Si quis cautionibus...*) (1), ses premiers paragraphes devant une simple impossibilité ne laissent pas encourir la *pœna* ; les autres sont plus exigeants : le débiteur établira qu'il a fait ce qui dépendait de lui pour éviter l'impossibilité. Cette proposition est même, selon plusieurs auteurs, un résumé de doctrine ; et Maynz établit à ce propos une comparaison avec les contrats innommés ; de même que le débiteur peut se soustraire à l'action en répétition — *condictio causa data causa non secuta* — s'il prouve que l'inexécution qui la motive ne doit lui être imputée en aucune façon, de même le débiteur se soustraira à l'*actio ex stipulatu* en établissant qu'il a fait tout son possible pour exécuter son obligation.

Chaque doctrine compte des textes en révolte qui s'in-

(1) L. II. t. IX Dig.

scrivent en faux. Une conviction profonde s'impose difficilement à l'esprit.

Continuons à nous interroger : Que décider en cas d'inexécution partielle, en supposant un seul créancier en face d'un seul débiteur ? Pourra-t-on réclamer la *pœna* pour le tout ou ne sera-t-elle encourue que pour une part proportionnelle à la partie de l'obligation restée inexécutée ? Cette dernière solution apparaît dans un texte où du moins, si la peine est encourue pour le tout, une exception de dol permettra de ne payer qu'une part proportionnelle (L. 9, § 1, D. *Si quis cautionibus*) (1) : une personne s'était engagée, sous promesse de *pœna*, à faire ester plusieurs esclaves en justice ; au jour fixé, un d'eux faisant défaut, la peine est encourue pour le tout, remarque Ulpien d'accord avec Labéon, mais si le débiteur offre la *pœna pro rata unius*, il pourra opposer l'exception de dol à l'*actio ex stipulatu*.

Au titre *Ratam rem haberi* (2), la loi 18 décide que la peine n'est commise que *pro parte*, elle n'a pas alors à faire mention de l'exception de dol. Voici l'hypothèse : un *dominus litis* contrevient partiellement à la *cautio de rato* et nous lisons : « ... *Non ultra quam in partem committetur stipulatio : quia in id committitur quod intersit agentis*. » Pomponius, dans sa dernière phrase, pose un principe général imprudemment puisque la question de savoir quand une condition est accomplie se résout, dans chaque espèce, d'après les termes de la convention interprétés par l'intention des parties (3).

(1) L. II, t. XI.

(2) Dig. L. XLVI, t. VIII.

(3) Voir Bufnoir, *Traité de la Condition*, p. 64.

On a parfois argumenté, en sens contraire, de la loi 47 (*de Actionibus empti*) (1). C'est un tort suivant nous, car ce texte évolue à côté : l'inexécution partielle de l'obligation principale fait encourir la *pœna* pour la totalité, parce que le contrat stipulait spécialement que le travail serait exécuté dans son intégralité, parce que la volonté des parties coupait la parole à la loi.

Quand et dans quelle mesure la *pœna* est-elle encourue ? demandait la rubrique de ce chapitre ; il importe de lui répondre en compliquant les espèces. Abordons la pluralité de sujets actifs et passifs ; successivement nous prendrons un débiteur devant plusieurs créanciers, un créancier devant plusieurs débiteurs, supposant avec les textes que la mort est cause de ce pluriel. A l'entrée nous désirons, avant de nous engager davantage, fixer deux points, et le *postulatum* n'étant pas admis dans les discussions juridiques, il devient nécessaire de raisonner. 1^o La stipulation pénale n'est-elle pas indivisible par elle-même ? Si oui, elle ne se divisera ni activement ni passivement ; un seul des héritiers du débiteur pourra être forcé de payer le total ; de même un seul des héritiers du créancier pourra exiger le paiement intégral ; si non, lorsqu'elle sera divisible — cas d'une excessive fréquence, — elle se divisera de plein droit entre les héritiers du débiteur ou entre ceux du créancier, en sorte que chaque héritier du débiteur ou du créancier ne pourra être tenu de payer la dette ou n'aura le droit d'exiger le paiement que dans la mesure de sa part héréditaire.

A ce propos, nous ne développerons pas la théorie générale des obligations divisibles et indivisibles ; elle con-

(1) Dig. L. XIX, t. I.

stituerait seule la matière d'une étude spéciale. Donc, acceptons les données principalement admises : l'indivisibilité est une modalité qui affecte l'objet d'une obligation, et qui l'affecte parce qu'elle résulte de la nature même de cet objet, ou parce qu'elle résulte de la volonté des parties contractantes appliquées à cet objet pour en modifier le caractère. Comment alors la seule proximité d'une obligation principale entraînerait-elle l'indivisibilité de la clause pénale, la rendrait-elle *individua natura*?

Quant à l'indivisibilité d'obligation, *individuum obligatione*, on s'en préoccuperait sans raison. Ce n'est pas en tenant compte des caprices sans nombre des imaginations romaines que l'on peut aujourd'hui reconstituer des doctrines ou édifier des systèmes.

2° Le caractère divisible ou indivisible de la *pœna* réagit-il sur celui de l'obligation principale? Les relations d'obligations principale et accessoire, établies par nous, vont absolument à l'encontre d'une affirmation; la seconde obligation ne doit avoir une influence aussi considérable; en outre, il y a deux objets différents, l'un peut être susceptible de division et l'autre ne pas l'être; d'ailleurs une controverse quelque peu sérieuse ne s'est produite qu'à l'égard d'une obligation principale divisible; la clause pénale quelle qu'elle soit la rendrait indivisible, on semblait fort tenté de le croire et même de puiser cette foi dans les textes. Il y a, au fond de ce jugement, une confusion; la nature conditionnelle de la *stipulatio pœnæ* entraînant les règles de l'accomplissement des conditions a donné le change, car parmi elles figure l'indivisibilité. Ainsi une exécution partielle — un des héritiers du débiteur n'a pas exécuté sa part d'obligation — équivaudra à une inexécution totale ou pourra équivaloir, dirons-nous avec une

plus grande justesse ; la question de savoir quand une condition est accomplie étant une question de fait plus que de droit. Ce n'est pas à dire pour autant que l'obligation principale puisse devenir indivisible. La *stipulatio pœnæ* est une garantie comme l'hypothèque, répète Paul à deux reprises (L. 85, § 6, D. XLV-1. — L. 25, § 14, D. X-2) : *Idem observatur in pignoribus solvendis, nam nisi universon, quod debetur offerretur jure pignus creditor vendere potest.*

Revenons aux questions posées, espérant que ces deux propositions répandront sur la suite quelque lumière, une lueur tout au moins : Le créancier unique est mort laissant plusieurs héritiers, la peine sera-t-elle encourue au profit de tous ses héritiers pour le tout (sauf à mettre en jeu les exceptions) ou dans la mesure pour chacun de sa part héréditaire, par la contravention du débiteur à l'égard d'un seul ? Nous avons deux textes importants, ils donnent des solutions différentes ; peut-être l'antinomie n'est qu'apparente et la différence aura son siège dans un principe. (L. 4, § 2, D. XLV-1.) Un acheteur qui avait stipulé le double du prix en cas d'éviction meurt laissant deux héritiers. L'obligation de garantie ne peut être invoquée par chaque héritier que dans la mesure de sa part héréditaire et la stipulation pénale ne peut l'être que dans les mêmes proportions. Un seul est évincé, la peine est encourue à son profit seul et proportionnellement à sa part héréditaire : *Si is qui duplam stipulatus est, decesserit, pluribus heredibus relictis, unusquisque ob evictionem suæ partis pro portione sua habebit actionem.*

Paul nous fait signe à nouveau : (L. 2, § 6, D. *hoc titulo.*) Un créancier avait stipulé *sub pœna* qu'on le laisserait passer lui et ses héritiers ; il meurt, et deux héritiers

recueillent sa succession. Le débiteur laisse passer l'un, s'oppose au passage de l'autre. La difficulté est de savoir : *utrum in solidum committatur stipulatio an pro parte ejus qui prohibitus est, or si pœna stipulationi adjecta sit, in solidum committetur.*

Dans le premier cas, la peine est commise *pro parte*; dans le second, *in solidum*. A quoi tient cette dissemblance? Elle doit s'expliquer par une autre et nous en trouvons une précisément dans les caractères des obligations principales. La première était divisible, la seconde indivisible et l'obligation principale suzeraine de la seconde fait sentir son pouvoir et lui inflige ses couleurs. Le résultat est rationnel.

Il sera curieux de voir dans la suite si, au point de vue passif, le caractère de l'obligation principale réfléchit également sur celui de l'obligation accessoire. Nouvelle situation à envisager : Le débiteur unique est mort laissant plusieurs héritiers, la *pœna* sera-t-elle encourue en entier et due par tous les héritiers du débiteur dans la mesure de leur part héréditaire ou par un seulement, par celui qui contrevient? 1^o : L'obligation principale est indivisible. Soit une personne — Paul la nomme Titius, — qui a promis *sub pœna* une servitude de passage; elle meurt laissant plusieurs héritiers. L'un s'oppose au passage du stipulant, la peine est encourue en entier et, sauf recours entre cohéritiers, due par chacun dans la mesure de sa part héréditaire (1). Nous parlons d'après un texte qui a droit à parfaite hospitalité, car il résout deux situa-

(1) La peine est divisible par hypothèse. Nous avouons, sans embarras, ne connaître aucun texte relatif à une *pœna* indivisible; quelques-uns ont pu échapper à nos recherches, ils seraient en tous cas peu nombreux.

tions; on l'appelle *Loi Cato* parce qu'elle rapporte ce qu'a écrit ce jurisconsulte. Paul appose son contre-seing; (l. 4, § 1, D. XLV-1) : *Cato libro 15 scribit, pœna certæ pecuniæ promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit, fecerit, aut ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus, si id factum de quo cautum est individuum sit : veluti, iter fieri : quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi : tum eum heredem qui adversus ea fecit, pro portione sua solum pœnam committere.*

La loi 85 (paragr. 3) s'arrête sur une hypothèse analogue : *Verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri*; solution correspondante aussi par conséquent. Paul ne se lasse pas et paraît se livrer à une espèce de propagande; la loi 2 (paragr. 5) (1) se rapproche du verdict précité. Il est vrai que la formule de la *stipulatio pœnæ* n'est point mentionnée, mais nous la suppléons sans arrogance; qu'on en juge : *Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero, per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat? et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes ejus, sed familiæ erciscundæ judicio ab eo repetent quod præstiterint : hoc et Julianus et Pomponius probant.*

2^o : L'obligation principale est divisible. *Quid?* La loi Cato a statué; un seul encourt la peine et dans la mesure de sa part héréditaire. Ce texte, par son envergure, inspire toute confiance, il établit une antithèse

(1) Au même titre, Dig. De verb. oblig.

absolue entre le cas où l'obligation principale est indivisible et celui où elle est divisible.

Quoi qu'il en soit, des textes protestent; ils méritent d'être entendus, nous montrant la peine commise à la charge de tous les héritiers dans la mesure du droit héréditaire, bien que tel d'entre eux ait fourni sa part dans l'exécution. Pomponius le veut ainsi : un capital est dû — obligation divisible donc — *sub pœna* et l'un des héritiers paie sa fraction de dette, *nihilominus pœnam committet donec portio coheredis solvatur* (1). Et Paul nous fausse compagnie : (loi 25, § 13, Dig. X-2)... *quia nihilum prodest ad pœnam evitandam, partem suam solvere*.

Le principe de l'indivisibilité des conditions redevient applicable avec une interprétation rigoureuse. Y a-t-il lieu de faire un choix ? Rapprochement bizarre : Paul s'oppose à Paul, Pomponius à Pomponius (2); reste Julien que nous obtenons par soustraction, et qui saurait, à la rigueur, couvrir une victoire de son nom. Nous préférons invoquer spécialement la loi Cato, elle mérite prépondérance par sa clarté, par sa rédaction énergique; elle peut porter la responsabilité d'une théorie sous le bénéfice de réserves qui ne détruisent rien de fondamental; elle rappelle une doctrine qu'énervé, le cas échéant, la volonté des parties. La loi Cato, c'est le droit commun.

Au fait, l'obligation est divisible, avons-nous dit; à la mort du débiteur cette dette principale s'émiette, une fraction repose sur chaque tête d'héritier et l'obligation accessoire a pour condition, à l'égard de chacun, cette obligation

(1) Loi 5, § 3. Dig. L. XLV-1.

(2) On a vu, loi 2, § 5, de *Verb. oblig.* : *Hoc et Julianus et Pomponius probant.*

segmentée ; or celui qui paie fait défaillir la condition, le créancier ne peut rien exiger de lui. L'équité même réclame ce que nous lui donnons, n'imposant pas à un homme la réparation d'un dommage qu'il n'a point causé. Raison-
nement, justice, tels les contre-forts de cette loi Cato.

CHAPITRE III.

EFFETS DE LA PCENA DEVENUE COMMISSA

SOMMAIRE. — Le créancier peut invariablement intenter l'*actio ex stipulatu pænæ*. Hypothèse de la novation. Doctrine de certains auteurs. Cas de cumul proprement dit. Hors des hypothèses précédemment étudiées, il faut, pour connaître les droits du créancier, se préoccuper de l'obligation principale. Est-elle de bonne foi ? Les actions peuvent se suivre avec une rédaction prudente de l'*intentio*. Est-elle de droit strict ? On ne peut admettre qu'une seule instance. Appropriation à cette dernière hypothèse de la formule : *Electa una via non datur recursus ad alteram*. Conclusion. Le commentateur s'inquiétera des volontés particulières ; elles découronnent trop souvent les meilleures argumentations.

La peine a été commise ; que devient la situation respective des parties ? Quel est le droit d'action du créancier ? Il peut invariablement intenter l'*actio ex stipulatu*, et demander la peine ; procédant ainsi, il l'obtiendra tout entière. Le débiteur sera condamné au paiement total, et sa prétention d'établir que cette peine dépasse le dommage éprouvé, le préjudice réel, serait infailliblement rejetée. On le comprend, du reste ; les parties par leurs agissements ont assuré ce *quantum* au jour de la peine commise. Aussi bien n'aurions-nous pas à insister si un texte

de Justinien, un peu légèrement interprété, n'avait fait soutenir que cet empereur, abandonnant l'ancienne doctrine, autorisait toujours la réduction d'une *pœna* : Code, L. VII, t. 47 (1) ; cette loi (unique) ne doit pas entrer en cause, elle parle de dommages-intérêts fixés par le juge, *in omnibus casibus qui certam habent quantitatem vel naturam*, il ne dépassera pas le double ; *in aliis autem casibus qui incerti esse videntur*, il appréciera en fait. Le texte *in fine* (2) devient équivoque, il est vrai ; mais c'est une raison dès lors de se montrer circonspect et de ne pas trouver dans quelques lignes ambiguës l'abolition d'une théorie précédemment établie et suffisamment sage. Les innovations byzantines n'ont pas l'habitude d'entrer à la dérobee ; Justinien, empereur d'Orient, a pris le langage du pays. La loi unique n'a guère l'allure révolutionnaire que comporterait le renversement d'une loi antérieure bien nette : Loi 56, Dig. XXI-2 : « *Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut quadruplum promitteretur...* » Le tarif établi par les parties ne doit pas être critiqué (3).

Nous avons dit : l'*actio ex stipulatu* peut toujours être invoquée ; dans certains cas elle le sera forcément et uniquement, dans l'hypothèse d'une novation. Lors au contraire que la novation ne se réalisera point, nous avons lieu de

(1) *De Sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur.*

(2) *Cum sciamus esse naturæ congruum, eas tantummodo pœnas exigi, quæ vel eum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusæ statuuntur.* Les uns voient en ces lignes une théorie nouvelle, d'autres un conseil aux parties, d'autres enfin n'y voient rien et ce sont eux qui, suivant nous, ont le coup d'œil le plus juste.

(3) Lire art. 1152, Code civil. La *stipulatio pœnæ* étant devenue sous Justinien la clause pénale proprement dite, on doit croire que la disposition de cet article s'appliquait. C'est un motif — indirect, il est vrai, — de conclure contre le sens prêté à la loi unique.

le supposer : le créancier aura ou le cumul au sens propre du mot ou le cumul en tant que succession de deux actions mais non de deux objets.

Imagine-t-on une novation — *prioris debiti in aliam obligationem transfusio* — rien ne reste à discuter sur les effets de la peine commise, mais ce mode d'éteindre *ipso jure* une obligation se soumet à des principes bons à rappeler ici ; des auteurs voyant infailliblement une novation là où une *stipulatio pœnæ* a passé, précédée d'une obligation principale de droit strict. D'ores et déjà nous sommes tenté d'exprimer notre surprise. Pourquoi ce résultat inéluctable ? En vertu de quelle règle — même discutable — cette différence ? L'obligation principale est-elle de bonne foi, la *stipulatio pœnæ* ne nove pas. Est-elle de droit strict, la *stipulatio pœnæ* amène, bon gré malgré, une novation ! — De suite la loi 71 pr. (Dig. L. XVII-2) est froissée ; elle admet qu'une stipulation pénale soit greffée sur un contrat de société — contrat de bonne foi, par conséquent — pour arriver à la novation : « ... *futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videtur...* »

Sans distinguer, nous comprendrions mieux que l'on eût dit : la *stipulatio pœnæ* emporte toujours novation. En effet, les parties ne changent pas ; l'objet de la stipulation pénale est le même que celui de l'obligation principale, car 100, par exemple, représentent la valeur de l'esclave qui était dans l'obligation primitive. Le créancier en justice, sous le système formulaire, devait s'attendre à une condamnation pécuniaire, on le sait, et si la somme d'argent stipulée paraît supérieure à la valeur de l'esclave, on s'en inquiéterait sottement dans le raisonnement ; elle

est, après tout, l'équivalent de l'intérêt qu'avait le créancier à obtenir l'esclave ; il s'est guidé par là en fixant la *pœna* comme le juge lui-même se serait guidé en taxant la condamnation. Quant à l'*aliquid novi*, c'est la condition qui affecte la stipulation de peine. A côté des principes, on se réclamerait des textes. (Loi 14, D. XLVI-2.) (Loi 44, § 6, D. XLIV-7.)

L'argumentation paraîtrait présenter quelque solidité ; cependant elle resterait incomplète : la forme orale est nécessaire, mais ne se confond pas avec la stipulation ; il faut recourir à la formule novatoire, or la *stipulatio pœnæ* ne l'identifie point, et lorsqu'à une époque différente, ultérieure, le droit se contente du procédé verbal sans mots sacramentels, l'*animus novandi* deviendra nécessaire. Comment alors dire sans préoccupation de ces détails d'apparence secondaire mais d'importance capitale : la *stipulatio pœnæ* opère novation.

Au temps de la formule novatoire officielle, l'affirmation sera toujours fausse ; plus tard, sous Ulpien, Paul, Papinien, elle ne serait exacte qu'en sous-entendant l'*animus novandi*. Et quelles objections sérieuses pourraient être lancées ? La loi 44, § 6 (Dig. L. XLIV-7) : Vous m'avez promis — par stipulation — de me construire un vaisseau et, dans le cas où vous ne le construiriez pas, de me donner cent. Y a-t-il, dans ce cas, deux stipulations, une pure et simple et l'autre conditionnelle, et dans le cas où la condition apposée à la seconde arriverait, la première subsiste-t-elle toujours ou est-elle incorporée et confondue avec la seconde par une sorte de novation ? C'est ce dernier sentiment qui est le plus probable ... *an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat ? Quod magis verum est.* Paul permet seulement au créancier de poursuivre

l'obtention des *centum*; le silence doit être fait sur la première obligation, voilà bien la novation. D'autre part, cette première obligation résultait d'un contrat de droit strict, aussi la *stipulatio pœnæ* aboutira-t-elle toujours à une novation en telle occurrence.

On conclut ainsi du particulier au général sans songer que l'induction a des règles précises. Notamment une condition fondamentale, qui fait ici défaut, en commande l'application : le point de départ doit être constant et universel. Nous sommes loin de cette exigence; en outre, la conclusion obtenue désaccorde tous les principes généraux. Nos lignes précédentes l'ont établi.

Sur ce, on nous demandera quelle portée il faut assigner au texte. — Paul prend une hypothèse où l'intention des parties n'a pas été manifestée et ne résulte pas clairement d'un événement extérieur, — hors de là, quelle question veut-on qu'il se pose? — Cherchant ce qu'il faut décider en cas de *pœna commissæ*, il répond que l'on peut appliquer avec raison les principes de la novation : les *centum* seuls seront demandés. Sans difficulté nous rendons compte de cette loi; nous ne recourons pas davantage à un de ces commentaires tirés en longueur, dont la complication est de mauvais aloi. — Pourquoi le mot *quasi* dira peut-être la réplique; c'est une novation, oui ou non? — Ce petit substantif aurait pu être supprimé par Paul, croyons-nous; s'il en fait usage, c'est qu'il songeait apparemment à cette novation dans laquelle l'objet appelé à rester le même — *aliquid novi* ne porte pas sur lui — est dans un cas un navire et dans l'autre une somme représentative. Peut-être une pensée différente germait dans son esprit; sans décider s'il y avait novation d'après les principes courants, il remarquait que le premier con-

trat étant de droit strict, le créancier devait savoir que s'il intentait l'*actio ex stipulatu* (1), il ne pourrait, après la condamnation pécuniaire, poursuivre par l'*actio ex stipulatu pænæ* (2); il courrait alors le risquer de toucher une somme souvent inférieure à la *pæna*; aussi, pour éviter cet *alea*, dans la grande majorité des circonstances, le créancier exciperait-il plutôt de l'*actio ex stipulatu pænæ*. Il agirait en fait comme s'il y avait novation.

La loi 44, § 6, a reçu, nous devons en faire part, une autre traduction; si nous ne connaissons pas la pensée que Paul a eue, nous saurons au moins toutes celles qu'il aurait pu avoir (3). M. P. Gide (4), dans ses *Etudes sur la novation*, après avoir rapporté l'espèce que nous avons eue sous les yeux, ajoute : « Si Paul n'a vu ici qu'une quasi novation, c'est sans doute parce que la première obligation, se trouvant novée dès l'instant où elle est devenue exigible, n'a jamais produit d'effet juridique et n'a pas eu pour ainsi dire le temps de se former. Si la seconde stipulation, au lieu de suivre la première immédiatement, ne l'avait suivie qu'après intervalle, elle aurait pu opérer, je crois, une novation proprement dite. » L'illustre professeur de la Faculté de Paris ne se rapproche pas ici du jurisconsulte romain, comme il le croit, et le langage qu'il tient nous paraît fort singulier. L'affirmation aurait l'air vraie à l'époque primitive : quelle que soit alors, comme on le sait, l'issue de la novation, la première obligation

(1) L'action du contrat principal.

(2) Car la condition de la stipulation de peine qui réside en l'inexécution de la première obligation serait défaillie. Cette situation réparaitra dans les pages ultérieures.

(3) La suivante toutefois sera inadmissible.

(4) Voir p. 150.

est enterrée ; mais la formule novatoire de rigueur absolue où la trouvons-nous ? — Plus tard, au temps de Paul précisément, l'allégation est encore discutable : pourquoi parler de l'existence éphémère de la première obligation ? Elle vit même quand la seconde paraît *in continenti*, est en quelque sorte sa jumelle ; car nous avons ainsi un exemple de novation conditionnelle (1).

Nous avons soutenu pour notre compte que la *stipulatio pænæ* substituait une dette nouvelle à une dette préexistante qu'elle éteignait, opérait novation en se conformant aux principes généraux ; à l'époque d'Ulpien et de Paul, nous exigeons l'*animus novandi*, qu'il s'exprime ou qu'il soit tacite, et ceci nous rapproche d'un texte qu'on a trop souvent détourné de son chemin.

Les lois 41 et 42 (Dig. XVII-2) ont depuis longtemps l'habitude d'une vie commune ; elles sont soudées ensemble et paraissent rivées pour l'éternité. Cependant il convient de les séparer ; non-seulement elles n'émanent point d'un même livre par le numéro, mais elles sortent d'ouvrages différents par les titres : Loi 41, *Ulpianus, lib. 20, ad Edictum* ; loi 42, *Ulpianus, lib. 45, ad Sabinum* ; elles prévoient, du reste, des hypothèses fort différentes et c'est l'amour de l'antithèse qui est cause du rapprochement. La seconde viendra à son heure ; quant à la première, que nous dit-elle ? « *Si quis a socio pœnam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantumdem in pœnam sit, quantum ejus interfuit* ? Pourquoi le créancier non aget pro socio ? parce qu'il y a *in pœna tantumdem quantum interfuit* ; parce que l'*animus novandi* éclate, parce qu'enfin il y a novation.

(1) Nous n'ignorons pas la controverse au sujet de la novation conditionnelle et nous adoptons l'opinion la plus répandue.

Un détail à noter : le contrat primitif était de bonne foi (1).

Bref, la *stipulatio pœnæ* n'a point modifié la théorie de la novation ; elle n'a surtout pas créé une sorte de novation obligatoire. Ce mode d'éteindre les obligations a conservé ses règles habituelles.

Le cas de novation écarté, le plus simple qui puisse régler les rapports de créancier à débiteur, cherchons maintenant si celui-là peut, en certaines conjonctures (A), cumuler deux actions pour aboutir à deux objets ; en d'autres (B), cumuler deux actions pour obtenir un seul objet maximum. Expliquons-nous. A : Les parties auraient voulu qu'en cas d'inexécution le créancier pût s'emparer de la *pœna* encourue et poursuivre, en outre, afin d'arriver à l'exécution de l'obligation principale, si possible, ou à une représentation pécuniaire. Ces calculs ne surprennent point la raison, ils sont même dans la nature de certaines conventions ; mais la volonté des contractants aura dû se prononcer sur ce double résultat à acquérir, tacitement ou formellement. Les lois 40 (Dig. XII-1) et 90 (Dig. XLV-1) présentent deux obligations, ayant l'une et l'autre l'argent pour objet. Sous le nom de *pœna* gisent les intérêts dus en cas de retard et le cumul se comprend fort bien. En matière de transaction nous le rencontrons encore : le créancier n'a pas fait acceptilation du droit litigieux sur lequel intervient la transaction ; à la suite d'un pacte de *non petendo*, le droit subsiste *ipso jure* et le créancier qui garde en mains l'action promet une peine pour le cas où précisément il la reprendrait. (Loi 16, D. II-15) (Loi 17, C. II-4) :

(1) A rapprocher de la loi 71 pr. *hoc titulo*.

le débiteur repousse par une exception et demande la *pœna* par l'*actio ex stipulatu*; cette dernière représentant une indemnité pour le trouble que la poursuite a causé (1).

Les textes dénotent un cumul expressément accordé au stipulant; il aurait pu l'être virtuellement parce que les circonstances l'auraient mis en relief, mais on ne doit jamais admettre qu'il existe d'office, pour ainsi dire, comme l'ont prétendu quelques interprètes pour des hypothèses qu'ils choisissaient. La loi 115 (2) en particulier protesterait.

A ce point du chapitre III, une conclusion se dégage d'elle-même, nous l'espérons : la novation et le cumul auquel elle s'oppose tout à fait dans les conséquences pratiques résulteront clairement de l'intention des parties, seront nettement voulus par elles.

B : Ecartant tous ces cas, quelle consultation convient-il de donner à un créancier lorsqu'il demande à connaître ses droits ? Cette fois une distinction sera admise ; elle aura autant de facilités à se faire accueillir qu'elle a rencontré d'obstacles à se légitimer précédemment ; il est vrai que ses vues sont moins ambitieuses, n'aspirant plus à devenir la cause d'une novation forcée. La *stipulatio pœnæ* s'adjoindra successivement : 1^o à une obligation principale de bonne foi ; 2^o à une obligation principale de droit strict.

1^o La peine est commise; comment agit le créancier ? Il invoque, supposons, l'action de bonne foi et fait con-

(1) Dans ce cas de cumul les deux obligations produisent effet sans entraîner deux prestations proprement dites.

(2) Dig. L. XLV-1 ; nous l'avons traduite.

damner le débiteur à payer une somme d'argent. Est-elle supérieure à la *pœna* parce que l'intérêt apprécié par le juge en toute liberté dépasse, en effet, ce montant ; le demandeur se déclare satisfait, il ne saurait intenter une seconde action sous prétexte de maximum à atteindre. Le cumul, lui, ne serait pas à sa place, nous avons dit pourquoi en expliquant un autre point.

La somme obtenue par condamnation est-elle inférieure à la *pœna*, une nouvelle condamnation pourrait procurer le surplus, la différence. Avec ses pouvoirs étendus le juge ne se laisserait pas frapper par la condition imposée à la *pœna* et qui semble défaillie ; les rapports des deux obligations, les liens du principal à l'accessoire le toucheraient avant tout.

Imagine-t-on que le créancier se soit d'abord emparé de l'*actio ex stipulatu* et qu'elle lui ait fourni la *pœna* ; le créancier pourrait retourner à l'action de bonne foi et demander au juge, s'il y a lieu, en tenant compte du dommage réellement éprouvé, de lui allouer un supplément. Quelle objection formuler ? — La *stipulatio pœnæ* a produit ses résultats, à l'arrivée de sa condition ; il est bien bizarre, après avoir excipé d'une inexécution, de chercher à revenir sur elle. — La latitude du juge avec notre point de départ qu'il ne faut pas oublier, écarte tous les raisonnements rigoureux ; il ne les accueillerait pas. D'ailleurs la demande ne saurait prétendre à une exécution totale ou à son équivalent ; l'*intentio quæ concludit desiderium* renfermerait des mots à extension restreinte : *quanti interest* ; autrement, la *plus-petitio* menacerait.

Ces recours, ces doubles instances ont pu paraître, au premier abord, quelque peu surprenants ; on croirait que

là procédure romaine entre en composition. Nous avons d'un mot donné une réponse, et deux textes, non-seulement ne résistent pas à l'interprétation, mais la consolident, la corroborent. Une première loi est la loi 42 (*Pro socio*), celle qui vivait jadis dans une intimité si étroite avec sa voisine, elle dit avec concision : *Quod si ex stipulatu eam (pœnam) consecutus sit, postea pro socio agendo, hoc minus accipiet; pœna ei in sortem imputata* ; si l'associé, répéterons-nous, a touché la somme portée dans la stipulation pénale, lorsqu'il intentera l'action de la société, il recevra d'autant moins à cet égard ; parce que la somme qui lui a été payée en conséquence de cette stipulation sera imputée sur ce qui peut être dû. Donc l'associé peut, sans difficulté, de l'action du droit strict passer à l'action de bonne foi pour augmenter la *pœna*, afin d'avoir *tantumdem quantum interest* ; à coup sûr, nous n'ajoutons rien au texte en cela, et l'on trouve au fond de cette décision cette autre que l'action de bonne foi eût laissé venir après elle l'*actio ex stipulatu*, si l'exercice de la première n'était parvenu qu'à des dommages-intérêts inférieurs à la *pœna*.

La loi 28 (Dig. L. XIX-1), plus complète, présente un véritable chassé-croisé ; les actions se succèdent dans un ordre quelconque. Voici ce que suppose cette loi dont l'hypothèse est toujours amaigrie par les commentateurs qui l'invoquent : On a vendu un fonds et l'acheteur s'est obligé à payer le prix et à faire quelque chose, puis on a stipulé une peine pour le cas où ces obligations ne seraient pas exécutées. Le créancier a donc à son choix deux actions : *ex vendito* et *ex stipulatu* ; si, agissant *ex vendito*, il obtient le taux de la peine (ou davantage), il ne peut plus poursuivre, annonce Julien ; donc, dirons-nous, s'il avait

reçu moins, il lui eût été loisible de revenir à l'*actio ex stipulatu* (1). En second lieu : le créancier fait-il valoir l'action de droit strict, il a encore la faculté de se saisir de l'*actio ex vendito* pour obtenir un certain excédant que comporte son intérêt (2).

2^o Une stipulation de peine est compagne d'une obligation de droit strict et la peine est commise. — Le créancier, sans souci de la peine, poursuit son débiteur par l'action du contrat principal; le juge lui attribue une somme inférieure à cette peine. *Quid?* Aura-t-il, ce demandeur déçu, la possibilité d'appeler à son secours la seconde action et de la présenter au juge auquel elle dicterait une condamnation complémentaire faite de la différence des deux chiffres? Non, nous sommes partout sur le terrain du droit strict, et les considérations, les points de vue, les ressources, se sont modifiés avec les circonstances, en sorte que le juge saisi de la seconde instance relèvera la condamnation première qui fait défaillir la condition sous laquelle la *stipulatio pænæ* rigoureusement était placée.

Mais nous revenons volontiers sur une controverse précédente pour affirmer de rechef que le principe de la novation ne viendra jamais ici forcer la main au créan-

(1) *Nisi in id quod pluris ejus interfuerit, id fieri* Cette phrase semble s'appliquer aux deux situations que la loi a présentées. Nous pouvons prétendre ne rien ajouter au texte.

(2) M. Accarias, — *Précis de Droit romain*, t. II, p. 300, — s'exprime ainsi : « ..., Quand la stipulation pénale garantit les obligations qui résultent d'un contrat de société ou de vente, nous voyons les jurisconsultes donner au créancier l'option entre le principal et la peine, et même, lorsqu'il a intenté la moins avantageuse des deux actions, lui permettre d'exercer l'autre pour le surplus (Lois 41 et 42, *Pro socio*, XVII, 2. — Loi 28, *de Act. empti*, XIX, I). »

cier inopinément en le privant d'un choix indispensable (1).

Aura-t-il épuisé la *stipulatio pœnæ* et reçu par elle le taux prévu ; sa conduite encore nous paraîtra définitive. Cette somme aura été obtenue en établissant devant le juge l'inexécution de l'obligation principale afin d'alléguer que le droit soumis à condition est, en effet, fondé. L'attitude nouvelle serait injustifiable en matière stricte, le créancier prétendant à une exécution dont l'arrivée lui eût auparavant fermé la porte de l'instance. Nul doute ; l'inaction lui sera commandée. Nos recherches à travers le Digeste n'ont découvert aucun texte contradictoire.

On pourrait, à notre avis, approprier aux deux hypothèses de cette dernière division (2^o) une formule bien connue à propos de l'option entre la voie civile et la voie criminelle : *Electa una via, non datur recursus ad alteram* ; en tenant, toutefois, un compte suffisant de la différence des situations.

Nous croyons ici avoir droit au silence ; nos efforts ont tendu consciencieusement à reprendre les divers systèmes engendrés par les commentateurs, avides comme nous de connaître la vérité. Nos modifications apparaissent peu nombreuses, puissent-elles au moins se justifier !

La *stipulatio pœnæ*, institution ingénieuse, change de formes, change de buts avec les époques, moins que tout autre acte juridique elle se confie à l'interprète ; pour se rendre quelque peu compte de son mécanisme, il faut la prendre à tous ses âges et ne pas refuser aux volontés

(1) Nous avons dit que le créancier non payé et rassuré par la *stipulatio pœnæ* préférerait souvent cette seconde action à la première. Il y aura novation quasiment.

particulières leur influence si considérable. Elles constituent elles-mêmes de nouvelles difficultés et réalisent une grande source d'erreurs. Le droit romain — on l'oublie trop — n'a pu soutenir la comparaison avec les sciences mathématiques qu'à une date très reculée ; à sa phase brillante, à son apogée, il n'est déjà plus, si l'on tient à la comparaison, qu'une géométrie complaisante : les démonstrations découlent *ex sententia contrahentium*.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. Plan de l'ouvrage	5
CHAPITRE I ^{er} . <i>Applications de la stipulatio pœnæ. Sa nature.</i>	
<i>Ses formes. Sommaire</i>	9
I. Des textes nombreux présentent la <i>stipulatio pœnæ</i> . . .	9
II. La nature de la <i>stipulatio pœnæ</i> a été unifiée. . . .	16
La <i>stipulatio pœnæ</i> a deux formes et deux natures . .	17
CHAPITRE II. <i>Quand et dans quelle mesure la pœna est-elle</i>	
<i>encourue? Sommaire</i>	29
L'obligation principale inexécutée avait été contractée à	
terme	29
Que décider en cas d'inexécution partielle?	33
Influence de l'obligation principale sur la stipulation	
pénale	37
CHAPITRE III. <i>Effets de la pœna devenue commissæ. Som-</i>	
<i>maire.</i>	41
Le créancier peut invariablement intenter l' <i>actio ex sti-</i>	
<i>pulatu pœnæ</i>	41
Cas de cumul proprement dit	48
Hors de certaines hypothèses, il faut, pour connaître les	
droits du créancier, se préoccuper de l'obligation	
principale.	49
Conclusion	53

DU MONOPOLE

DES AGENTS DE CHANGE



Dans l'*Esprit des lois*, cet ouvrage magistral resté l'un des monuments de notre littérature au XVIII^e siècle, Montesquieu pose en principe que les lois et l'histoire s'éclairaient réciproquement. Nous trouvant aujourd'hui en présence d'un sujet sur lequel, en dépit de travaux fort remarquables, la lumière est loin d'être faite, nous n'hésitons pas à suivre le conseil que donne implicitement le grand magistrat-publiciste et nous jetons au début de la matière un coup d'œil sur le passé. Dès lors notre plan s'impose.

CHAPITRE I^{er}. *Notions historiques.*

CHAPITRE II. *Etendue du monopole.*

CHAPITRE III. *Sanctions du monopole.*

CHAPITRE IV. *Législations étrangères. Propositions de lois. Conclusion.*

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS HISTORIQUES

SOMMAIRE. — Athènes. Rome. France, xiv^e siècle. Le monopole apparaît législativement et la fonction est érigée en office. Institution d'un syndicat et d'une bourse commune. La dénomination d'agents de change apparaît. Première idée de la nullité des opérations faites par les intermédiaires sans qualité. Arrêt du conseil de 1724, son importance. Arrêt du conseil de 1785, il parle des opérations à terme. Loi du 17 mars 1791, elle abolit tous les offices. Décret du 27 juin 1793 : la Bourse est fermée. Lois du 28 vendémiaire an iv, du 28 ventôse an ix ; la première rétablit le monopole à Paris, la seconde le réinstalle en France. Arrêté du 27 prairial an x. Article 76 du Code de commerce.

Quels sont donc les ancêtres de nos agents de change ? Sans préciser leurs fonctions actuelles et quelque vagues notions que l'on ait sur la corporation, on peut facilement s'attendre à rencontrer des aïeux dont la ressemblance avec les descendants sera à peine saisissable : le transformisme s'exerce dans le monde juridique.

Athènes, Rome, le moyen âge avaient leurs agents de change. Cette proposition semble paradoxale ; cherchons cependant à l'établir. Le principe de la division du travail

dont les applications, si diverses, vont chaque jour se multipliant est d'origine moderne. Avant son apparition on trouve, en maintes circonstances, un mélange de fonctions et de rôles, une confusion de charges faits pour nous étonner, et certains auxiliaires du commerce ont eu jadis, perdues dans le cumul, quelques attributions des agents de change contemporains.

Chez les Grecs (1) on remarque les *τραπεζίται*; à Rome les *argentarii* (2). Ces individus se livrent à des opérations nombreuses; il en est parmi elles qui nous frappent et dont le rappel nous intéresse : l'achat et la vente des matières d'or et d'argent, l'établissement des cours, opérations que mentionne l'article 76 du Code de commerce qui énonce aussi : «... les négociations des lettres de change ou billets et de tous papiers commerciaux. » Précisément le contrat de change fut connu dans l'antiquité, chez les Romains sans conteste. Des mandats étaient donnés d'un lieu sur un autre pour y faire passer des sommes d'argent, sans transport de numéraire et ceux que nous appellerons banquiers, en résumant dans ce qualificatif les diverses expressions romaines, avaient sur ce point une sorte de monopole. N'arrivèrent-ils pas aussi à dresser les conventions des parties, à les garder en dépôt ? Traces de parenté avec l'officier public.

Quant aux courtiers avec lesquels nos agents de change furent confondus, en France, jusqu'à 1720, ils existaient

(1) Nous remontons, nous aussi, aux Athéniens, à l'instar de Montesquieu, précédemment invoqué.

(2) On disait aussi *mensarii*. Rapprochant de cette expression notre mot banquier, on trouve « banc » comme étymologie commune. Ces agents, en effet, faisaient leurs opérations en plein air, et avaient devant eux, pour plus de facilité, une sorte de table. — Le mot banqueroute est facile à expliquer (de l'italien *banco rotto*, banc rompu).

chez les Romains comme chez les Grecs. D'ailleurs, dès une haute antiquité, on voit les *argentarii* — nous pouvons ajouter : et les *τραπεζιται* — amenés à faire office de courtiers par la situation même qu'ils occupaient (1).

Ceci posé, nous avons hâte de rentrer sur notre terre nationale, quittant ainsi les législations anciennes sans nourrir la prétention d'avoir rencontré une analogie parfaite. Elle ne pouvait être espérée ; nous l'avions prévu dans une prophétie facile.

En France, c'est l'année 1304 qui la première nous signale des agents intermédiaires pour le commerce. Avant, disette de textes, mais depuis, quelle abondance ! Les dispositions se suivent et parfois se ressemblent. Ordonnances, édits, arrêts, lettres patentes....., les mesures revêtent tous les noms. Revenons à Philippe le Bel. Laurière (2) nous offre une ordonnance de Philippe IV — février 1304 — portant que le change de Paris sera sur le Grand Pont. Le sommaire est ainsi indiqué : Le change de Paris sera sur le Grand Pont, entre la grande arche et l'église de Saint-Leufroy. — On n'exercera pas le change ailleurs, sous peine de confiscation des choses échangées. — Si quelques-uns de ceux du change, en avertissant, donnent lieu à la confiscation, ils en auront la cinquième partie. Vient ensuite une petite préface : *Philippus Dei gratiâ Francorum rex : Notum facimus universis tam presentibus quam futuris...*, puis suivent les trois paragraphes que le sommaire a résumés.

L'année suivante, nouvelle prescription ; à la date du

(1) *Etude sur la vénalité des charges et fonctions publiques*, par M. Paul Louis-Lucas.

(2) Auteur de savants écrits sur les Coutumes (1659-1728). V. Ordonnances des Rois de France, p. 426.

22 juillet 1305, nous lisons (1) : Letres ou mandement adressez aux baillis de Vitry et de Troyes, touchant les changes. Les quatre paragraphes se condensent comme suit : Il y aura une table qui sera tenue en douze ou quatorze lieux solennels des domaines du Roy, et il sera crié qu'on ne pourra changer qu'aux Monoyes ou aux personnes proposées par le Roy. — Nul, sous peine de forfaire, ne pourra vendre ni acheter or et argent non monnayé du coin du Roy, avant qu'il ait esté porté à la table et qu'il y ait été mis en écrit. Et tout l'or et l'argent qui sera vendu aux changeurs y sera inscrit avant qu'il leur soit livré. — Tous ceux qui auront ainsi de l'or et de l'argent seront tenus, sous peine de forfaire, de l'apporter dans quinzaine et de le faire écrire, à moins qu'ils ne le puissent faire pour juste et loyale cause. Et celui qui dénoncera les contrevenans à la présente ordonnance, aura le quint de la forfaiture. — Nul ne pourra tenir change en la terre du Roy sans son congé. — La première disposition est ici plus particulièrement intéressante, nous voulons en donner le texte : « Pour le profit de tout nostre Royaume et de nos monoyes, nous avons ordonné à faire une table qui sera tenue en douze ou quatorze lieux solempniez en nostre domaine et de nostre Royaume, et qu'il soit crié que ce n'est qu'à nos monoyes ou es changeurs, qui des-ores aient nostre autorité et nostre consentement de changer et tenir change. »

Sous Philippe le Bel, une troisième ordonnance attire l'attention : elle est de janvier 1312 (2) et touchant les épiceries et les denrées qui se vendent au poids, consacre

(1) Laurière, ouvrage déjà cité, p. 432.

(2) Certains disent : Décembre de la même année ; Laurière hésite. V. p. 511.

cependant deux articles à notre sujet (1). L'un dit en substance : celui qui fera la fonction de peser, ne pourra être ni marchand, ni courtier des choses dont il sera peseur. L'autre : aucun courtier ne pourra faire commerce des marchandises dont il sera courtier. Nous ne citons pas le texte à cause de sa longueur ; il ne nous paraît point toutefois que l'on y entrevoie la première idée d'un monopole ; on l'a soutenu cependant. A nos yeux, ce serait plutôt dans l'ordonnance de 1305 que l'allure de la phrase trahirait la pensée de restriction. Bref, le règne de Philippe IV a été fertile en matière de change ; on ne saurait pour autant le féliciter de sa prévoyance législative, car le besoin d'argent fut la grande, sinon l'unique source d'inspiration chez ce souverain (2).

Tout en continuant avec scrupule l'enquête ténébreuse du passé, nous pouvons faire un bond sur deux siècles et atteindre l'année 1572 (3). Avant Charles IX, chacun faisait à sa volonté le commerce d'argent, de billets ou de marchandises. Si les courtiers de change, de banque et de marchandises ne sont pas constitués en monopole, du moins sont-ils organisés en corporations ; il est à remarquer que ces sortes d'associations étaient encore peu nombreuses et ne s'étendaient pas, à beaucoup près, à tous les métiers et professions ; mais l'ordonnance de 1312

(1) Paragr. 7 et 9.

(2) Il faut croire qu'en fait de monopole, le dix-neuvième siècle n'a pas celui des falsifications. L'ordonnance, dans laquelle nous avons obtenu par triage deux paragraphes, prévoit et punit maintes fraudes : « La bougie sera vendue sans être mêlée de suif ou d'autre chose. Le gingembre et le pignolat, ainsi que les confitures, seront dessous comme dessus. Et qui sera trouvé faisant le contraire, perdra la marchandise et sera condamné en l'amende ».

(3) Signalons, en juillet 1549, un édit portant création d'une Bourse à Toulouse.

contient, sur notre point, certain passage probant : « Et que nuls ne puist user de courretage, sans le congié du mestre du mestier et de son conseil dou lieu, ou de la justice, se mestre ni avait et jusques à tant que devant le mestre, ou la justice, il aura fait le serment que faire doivent et devront couratiers. »

Charles IX, dont le nom est attaché par ricochet à l'ordonnance de Moulins, corrige ou plus exactement tente de modifier la réglementation existante par son édit de juin 1572, relatif aux couratiers tant de change et de deniers, que de draps de soye..., de chevaux et de tout autre bestial (1). Il y est dit en essence que l'état de courtier, auquel la légalité et preud'homie sont principalement requises, a été jusqu'à ce jour exercé par toutes personnes indifféremment et que par suite ont été et sont commis infinis abus et malversations. Il faut pourvoir à l'état de choses pour le bien des subiets et de la marchandise ; aussi voyons-nous les courtiers alors existants établis en titre d'office à la charge de prendre des lettres de provision dans le délai de deux mois et de se faire recevoir par les baillis, sénéchaux et autres juges royaux des lieux de leur résidence.

Ainsi le monopole apparaît législativement et la fonction est érigée en office (2) !

L'édit de Charles IX est considérable ; il est fondamental. Le système qu'il consacre nous le retrouvons pré-

(1) On peut trouver les textes afférents à notre sujet dans maints recueils, mais ils se trouvent tous réunis dans le *Nouveau Manuel des Agents de change*, publié à Paris, chez Vinchon, 1851. C'est là que nous prendrons à l'avenir nos documents. V. Edict de Juin 1572, p. 8.

(2) Il peut exister sans qu'il y ait charge ou office. On s'en rendra mieux compte lorsque nous arriverons à la période de l'an IV à 1816.

cisement de nos jours ; mais que de péripéties il devait traverser, que de vicissitudes l'attendaient ! Et d'abord les guerres civiles en firent lettre morte (1).

Henri IV le renouvelle en 1595. Le 15 avril, surgit : « Arrest du conseil d'Estat sur les offices de courtiers de change et banque, et du nombre d'iceux ès principales villes du royaume. » Oui, le nombre limité virtuellement par l'édit précédent sera fixé d'une façon effective cette fois.

Après une allusion à l'édit du mois de juin mil cinq cens septante-deux, fait par le feu Roy Charles (que Dieu absolue), on dit : « Sa Majesté a faict défenses à toutes personnes de quelque estat et condition qu'ils soient, de ne faire ny exercer ledit estat de courtier de change, banque et vente en gros des marchandises estrangères en aucunes villes et lieux de ce royaume, où lesdits change, banque, vente ont accoustumé d'estre faites : sur peine de punition corporelle, crime de faux, et de cinq cens écus d'amende... sans avoir prins lettres de provision pour lesdits offices.

Et à ce que les marchans sçachent doresnavant à qui s'adresser, pour avec assurance faire lesdits change et vente en gros desdictes marchandises estrangères : Sa Maiesté veut et ordonne qu'en sa bonne ville de Paris il y aura le nombre de huict courtiers desdits change, banque et vente en gros des marchandises estrangères : en la ville de Lyon douze (2), en la ville de Rouen quatre, à Amyens, Dieppe et Calais chacun un courtier, à Tour et à La

(1) Il semble bien que l'ordonnance du 22 juillet 1303 avait subi un sort analogue.

(2) Le commerce de la ville de Lyon avait alors une plus grande importance que celui de Paris.

Rochelle chacun deux, à Bordeaux deux, à Thoulouze trois, à Marseille quatre.

A cette place vient une disposition exorbitante, abrogée rapidement du reste et que la curiosité recommande à notre plume : « Vent en outre sa dite Maïesté, pour davan- tage accroistre la seureté dudit commerce, que les lettres de change, rechange et vente en gros desdites marchan- dises étrangères qui seront contresignées desdits cour- tiers, portent hypothèques du jour qu'aura escheu le terme du payement desdites lettres, après les sommations duement faites, comme en tel cas est requis. »

Enfin, une restriction avec laquelle il est sage de faire connaissance, car elle se convertira en argument dans le courant de notre travail : « N'entendant néanmoins qu'au- cuns soient contrains de se servir desdits courtiers es- dites négociations si bon ne leur semble. »

On s'accorde généralement à reconnaître que d'après l'édit de 1572 et l'arrêt du Conseil de 1595, les créations d'offices de courtiers furent à vie seulement, sans être assu- jetties à aucune finance à payer, mais ce que plus d'un auteur oublie, c'est de relever l'arrêt du Conseil d'Estat du 17 mai 1598 — pour l'exécution de l'édit du mois de juin 1572, — qui soumet à finance en termes exprès (1). Le préambule rappelle un passé inappliqué, puis : « A quoy désirant pourvoir, Sa Majesté a fait très expresses inhibi- tions et défenses à toutes personnes de quelque estat et condition qu'ils soient, d'exercer n'y s'entremettre audit estat des courtiers de change et de deniers, de draps de soye... qu'au préalable ils n'ayent chacun particulière-

(1) V. *Nouveau Manuel*, déjà cité, p. 14.

ment pris lettres de provision de sa dite Majesté et payé la finance à laquelle ils seront modérément taxez audit conseil ; et à tous marchands de se servir au fait dudit courtage d'autres que de ceux qui seront, comme dit est, pourvus par sa dite Majesté, sur les peines portées par ledit édict. »

Il nous est loisible, à cette heure, de parvenir d'une seule marche à l'année 1638, en mentionnant des étapes possibles mais inutiles (1), et le monument qui, cette fois, attire nos regards, est un arrêt du Conseil, élevé en décembre. Il porte création, annonce sa rubrique, de dix nouveaux offices héréditaires en sus des vingt existant et institue un syndicat et une bourse commune, sous condition de payer un supplément de finance. D'ailleurs il est fort long et le citer *in extenso* n'aurait aucune utilité. Ses buts ressortent clairement :

Création de dix nouvelles charges à Paris.

Constitution des offices à titre héréditaire.

Paiement d'une nouvelle finance de la part des anciens titulaires.

Institution d'un syndicat et d'une bourse commune.

Louis XIII, dans une sorte de préliminaire, s'appesantit sur l'affection qu'il porte à ses sujets, sur l'intérêt qu'il porte au bien général (2). Nous n'avons point à juger le fils et le successeur de Henri IV (3); que son désintéressement soit borné ou sans limites, évident ou contestable,

(1) Enumérons les édits et déclarations de 1620, 1629, 1633, 1634. Ces textes se préoccupent du nombre des courtiers, et c'est l'édit du 2 avril 1639 qui prend soin d'enregistrer ces différentes dates.

(2) Il nous rappelle l'empereur Justinien, qui fait grand bruit devant des innovations regrettables parfois, heureuses souvent, mais alors inspirées par l'entourage.

(3) L'histoire ne l'a-t-elle pas surnommé *le Juste* !

juridiquement peu nous chault. Il est toutefois une critique sévère portée dans un ouvrage fort remarquable et qui s'édifie sur des motifs inconciliables avec ce que nous avons dit précédemment ; aussi avons-nous l'intention d'insister quelque peu (1). Le paragraphe 20 débute ainsi : « A cette époque (1638), un arrêt du Conseil en (des courtiers) porte le nombre à trente. S'il faut en croire le préambule, Louis XIII, comme Henri IV, paraît vivement préoccupé de l'intérêt public ; il rappelle les mesures prises par son prédécesseur, et leur attribue le mérite d'avoir fait cesser le désordre et les abus qu'elles avaient voulu réprimer. Pourquoi donc va-t-il modifier une organisation qui a produit de si excellents résultats ? Pourquoi, au lieu de conserver aux offices de courtiers le caractère d'une délégation gratuite de la puissance publique, va-t-il leur attribuer le caractère d'une propriété privée ? Pourquoi, au lieu de conserver intact le droit de nommer à ces fonctions les plus capables et les plus dignes, et d'en exclure ceux qui déméritent, consent-il à le mutiler, en rendant les charges héréditaires ? Pourquoi, au lieu de maintenir au profit des commerçants l'avantage de recourir, si bon leur semble, à d'autres intermédiaires, les soumet-il au joug d'un monopole absolu ? » Il est deux de ces interrogations auxquelles nous dirons à notre tour : pourquoi ? Il ne peut être question, en 1638, de délégation gratuite ; quarante années auparavant, un arrêt du Conseil d'Etat insiste sur la finance à payer (2), et rien ne prouve que cet arrêt, rendu expressément pour assurer l'exécution de l'édit du

(1) *La Bourse, ses opérateurs et ses opérations*, par M. Jeannotte-Bozérien. T. I, p. 31.

(2) Nous voulons croire, avec lui, que les courtiers furent *modérément taxez*.

mois de juin 1572, ait été, à son tour, sans effet, *telum imbellè sine ictu*. Il est précédé, dans l'ordre chronologique, par un autre arrêt qui augmente ses chances de mise en exercice (1).

Quant à l'avantage de recourir si bon semble à d'autres intermédiaires, l'auteur le fait sans doute sortir des expressions finales d'un document connu (2). Cette façon de voir ne peut être la nôtre. Henri IV, prohibant l'immixtion sur peine de punition corporelle, crime de faux, et de cinq cents écus d'amende, montre toute l'importance qu'il attache au monopole. Comment admettre que les dernières lignes laissent à entendre que tout individu puisse jouer le rôle d'intermédiaire ? L'arrêt n'a plus de sens ; les neuf dixièmes de son texte édifieraient une barrière qu'un mot terminal viendrait renverser ! Comprend-on un circuit long et dense dans le contour duquel est laissée une grande ouverture toujours béante ?

Des réclamations se firent entendre afin : qu'il pleust à Sa Majesté révoquer la création des dicts dix nouveaux offices et bourse commune mentionnée par le dict édict du mois de décembre dernier, sans qu'à l'advenir leur nombre de vingt puisse être augmenté pour quelque cause et occasion que ce soit. On devine facilement l'origine de ces doléances : les vingt courtiers de 1638 avaient vu avec peine s'installer de nouveaux collègues. L'arrêt du conseil du 2 avril 1639 fit droit à la moitié de la requête et supprima la bourse commune qui rendait impossible le secret des

(1) Arrêt du 15 avril 1595.

(2) « N'entendant néanmoins qu'aucuns soient contrains de se servir desdits courtiers esdites négociations, si bon ne leur semble. » Arrest du Conseil d'Etat, 15 avril 1595. Qu'est-ce à dire ? Toute personne peut faire elle-même ses opérations de Bourse.

opérations. Il ne faut pas jouer involontairement sur les mots, et nous devons donner à celui-ci, bien partagé déjà (1), un sens nouveau : il est ici synonyme de fonds commun ou de caisse commune, et l'arrêt de 1638, par le procédé qu'il indique pour sa composition, réclame des extraits, exige des états de nature à dévoiler toutes les parties.

Cet arrêt contient encore des innovations qu'il importe de mettre en lumière ; la dénomination d'agents de change apparaît et n'entraîne pas, c'est à noter, une séparation d'attributions. En outre, nous voyons punir non-seulement ceux qui s'immiscent, les coulissiers de l'époque, mais aussi : tous marchands, banquiers, traictans, financiers et autres qui auraient recouru à des intermédiaires irréguliers (2).

Poursuivons notre entreprise historique au risque de nous heurter à l'abondance des textes. Elle sera, nous devons l'espérer, une source de vive lumière. Il serait périlleux de pratiquer une coupe dans la législation pourtant si touffue ; mais, appelés à coudoyer des dispositions d'importance secondaire, nous avons l'intention de les résumer par leur rubrique. Une analyse plus complète pour n'être pas sans intérêt ne demeurerait point toujours sans danger, car elle accaparerait l'attention et pourrait la faire dévier.

Février 1645. — Edit qui crée six autres offices d'agents de change, dans les mêmes termes et aux mêmes conditions que pour les trente offices précédemment établis.

(1) Il signifie tantôt réunion d'une façon générale (v. art. 71, Cod. de com.), tantôt le local où se tient cette réunion (voir l. 28 vent. an ix, art. 1-5 ; arrêté du 29 germinal an ix) ; enfin, il peut indiquer la réunion d'un même jour : la Bourse a baissé, dira-t-on, par exemple.

(2) Comp. art. 6, arrêté du 27 prairial an x.

7 octobre 1645. — Arrêt du Conseil d'Etat portant contre les agents de change faillis, interdiction de faire des affaires sur la place du change, et ordonnant contre eux des poursuites extraordinaires.

L'ordonnance de mars 1673 sur le commerce de terre, appelée autrefois Code Marchand, s'intercale ici. Le titre II : Des agents de banque et courtiers ; le titre III : Des livres et registres des négociants, marchands et banquiers, sont instructifs. Les articles 1 et 3 du titre II renferment la matière première des articles 85 et 83 de notre Code de commerce ; le titre III, lui aussi, prévient le législateur de 1807 et prépare sa besogne (1).

5 et 8 juillet 1684. — Articles en forme de statuts, servant de Règlement pour les agents de change, banque et marchandises de la ville de Paris, conformément à l'édit de création des trente agents de change du mois de décembre 1638 et arrest du Conseil en explication d'iceluy du 2 avril 1639. — Homologation des dits statuts par le Châtelet (2).

On trouve presque en totalité, dans ces statuts, les dispositions essentielles qui sont encore en vigueur, et les règlements postérieurs s'imprègnent de ces textes.

L'année 1705 apporte deux édits : le premier portant création de deux offices d'agents de change à Paris, pour tenir lieu des deux offices qui étaient restés vacants sur les six nouveaux institués par l'édit de février 1645, en sorte que le nombre total en est porté à trente-six (3) ;

(1) Voir le Commentaire de Jousse sur l'ordonnance de 1673, avec les notes de Bécane, p. 51 et suiv.

(2) Nous lisons ces documents dans le *Nouveau Manuel des Agents de change*. Isambert les passe sous silence ; au reste, d'autres recueils suivent cette ligne de conduite facile.

(3) Voir *Nouveau Manuel*, p. 32.

le second portant suppression des offices d'agents de change actuellement existants, et création de cent seize nouveaux offices, tant à Paris que dans d'autres villes. Louis XIV rend d'abord hommage aux « secours que les agents de change, de banque et marchandises ont procurés pendant le cours des dernières guerres et de la présente aux trésoriers... », puis il tourne court et « comme les offices d'agents de change présentement établis sont d'un prix très modique, que plusieurs particuliers sans bien et sans crédit s'efforcent tous les jours d'y entrer, ce qui pourrait, par la suite, diminuer la confiance du public, et faire un tort préjudiciable aux affaires de finances et du commerce, nous avons résolu — ici perce le bout de l'oreille royale — de supprimer tous lesdits offices dans l'étendue de notre royaume... » Bref, cent seize nouveaux offices sont créés dont vingt pour Paris et autant pour Lyon (1). On promet monts et merveilles — peu d'avantages pécuniaires, toutefois — aux officiers futurs : exemption de taille, de tutelle, de curatelle, de logements de guerre, etc. L'intérêt de la finance sera payé au denier vingt et « pour marquer l'estime que nous faisons du titre, des charges et fonctions desdits agents de banque, de change, de commerce et finances qui doivent contribuer à soutenir nos finances et faire fleurir le commerce, nous avons déclaré et déclarons qu'ils ne dérogent point à noblesse. »

Les prérogatives que nous avons citées plus haut sont alors égrenées ; leur nombre parut-il insuffisant, leur importance trop minime, nous l'ignorons ; mais, éclairés par le passé, ceux qui se sentaient quelque goût pour ce

(1) Le plus superbe des monarques recourt à un procédé qui peut paraître mesquin.

genre d'industrie craignirent surtout, sans doute, de voir surgir de nouvelles charges ou, au contraire, toutes les présentes disparaître et montrèrent peu d'empressement à l'achat (1). Aucun des quatre-vingt-seize offices, répartis entre les différentes villes de province, ne fut levé; le fait nous est attesté par un édit du Roy, 26 mai 1707.

Afin de rester fidèle à nos promesses d'exactitude, disons qu'entre temps avaient paru :

10 avril 1706. — Arrest du Conseil d'Etat portant itérativement défense à tous agents de change supprimez, facteurs, caissiers, commis, commissionnaires et banquiers non marchands à Paris, de proposer, traiter, ni conclure aucunes négociations, ni d'agir au fait de banque, change, commerce et finance, pour le compte d'autrui ni pour leur compte particulier dans Paris, sinon par l'entremise des conseillers du Roy, agens de banque, change, commerce et finance, créez par édit du mois de décembre 1705, à peine de 6,000 livres d'amende.

Octobre 1706. — Lettres patentes portant règlement pour l'exécution des statuts nouveaux des agens de banque, change, commerce et finance, à Paris, créés par l'édit de décembre 1705 (2).

En 1708, une opération dont la pureté ne saurait être au-dessus du soupçon, est de nouveau pratiquée. L'édit de 1705 nous a édifiés sur cette méthode : suppression d'offices anciens avec promesse d'un remboursement ulté-

(1) La concurrence était écartée par l'édit : « Nous défendons à toutes sortes de personnes de s'immiscer dans les fonctions des agents de change, soit pour les négociations d'argent ou de marchandises, à peine de quatre mille livres d'amende, applicable à l'hôpital général, et de plus grande peine en cas de récidive. »

(2) Ces statuts apportent diverses additions à ceux des 5 et 8 juillet 1684.

rieur — très ultérieur — et création de nouvelles charges achetées à deniers comptants.

Août 1708. — Edit portant suppression des vingt offices d'agents de change à Paris, créés par l'édit du mois de décembre 1705, et création de quarante autres pareils offices pour ladite ville, à titre héréditaire. Une déclaration inséparable du texte précédent est à relater; elle fait défense — 3 septembre 1709 — à toutes personnes de faire aucunes des fonctions attribuées aux agents de change.

Nous regrettons de ne pouvoir reproduire *in extenso* les pages qui la composent; la lecture en est intéressante. Citons : « Comme nous en avons fixé (1) le prix à soixante mille livres de finances, il nous fut lors représenté que peu de personnes pouvaient trouver un aussi gros fonds. » Le prix des nouveaux offices est fixé chacun à 20,000 livres de finances et les 2 sols pour livre.

Nous voyons constater alors que le monopole des agents de change avait été précédemment ébréché maintes fois; cela ayant amené chez les futurs acheteurs une circonspection dont le Trésor devait souffrir, il s'agit de se montrer sévère en réprimant l'immixtion; aussi peut-on lire : « ... de nostre certaine science, pleine puissance et autorité royale, nous avons, par ces présentes signées de nostre main, dit, statué, ordonné et déclaré, disons, statuons, ordonnons et déclarons, voulons et nous plaist, que nostre édit du mois d'août 1708 soit exécuté selon sa forme et teneur, et, en conséquence, faisons itératives défenses à

(1) Allusion à l'édit de décembre 1705.

toutes sortes de personnes, de quelque titre, qualité, commerce et profession qu'elles soient, de faire à l'avenir aucunes des fonctions attribuées aux offices de nos conseillers agens de change, banque et finance, soit pour fait de commerce d'argent, marchandises, meubles, denrées, lettres de change, billets solidaires ou particuliers au porteur ou autrement, en quelque sorte et manière que ce soit, ni de percevoir les droits desdits offices sous aucun prétexte, soit de bénéfice, récompense, gratification ou autrement, le tout à peine de restitution du quadruple des sommes par eux reçues, et de mille livres d'amende pour chacune contravention, applicable : un tiers au dénonciateur, un tiers au profit de l'Hostel-Dieu de Paris et l'autre à celui de la compagnie desdits agens de change, sans que cette peine puisse estre ci-après remise, modérée, ni réputée comminatoire. »

N'est-ce pas la première idée de la nullité des opérations faites par les intermédiaires sans qualité ? Cette mesure répandit une terreur salubre, joua le rôle d'épouvantail, les titulaires furent satisfaits, une recrudescence lucrative se produisit et nous constaterons une augmentation de gages — conséquence logique aux yeux du roi — et création de nouvelles charges — déduction bien naturelle encore dans la pensée du souverain.

Acheminons les textes : 7 décembre 1709. — Déclaration du Roi qui accorde aux quarante offices d'agens de change à Paris, l'exemption de taille, ustensile et autres charges de tutelle, curatelle, de nomination aux charges publiques, logement de gens de guerre, etc.

24 mai 1711. — Arrest du Conseil d'Estat portant dispense pour les agens de change, de faire parapher leurs registres par autres que par leur syndic, et décharge du

paiement de la somme de deux cent cinquante mille livres (1).

Mai 1713. — Edit qui attribue des augmentations de gages aux quarante agens de change de Paris, en les obligeant de verser vingt mille livres, au denier vingt, et en donnant aux presteurs de la somme un privilège spécial sur lesdites augmentations et sur les prix desdits offices.

2 octobre 1714. — Règlement des quarante conseillers du Roy, agens de banque, change, commerce et finance de Paris, pour l'élection des syndics, et pour la réception des officiers, fait à l'assemblée tenue en leur bureau de la place du change.

Novembre 1714. — Edit portant création de vingt nouvelles charges d'agens de change à Paris.

Le total devient alors de soixante, chiffre actuel.

Le nombre des mesures législatives va toujours croissant ; c'est un feu nourri. La seule année 1720 donne le jour à quatre textes (2). Le gouvernement est inquiet ; ses différentes préoccupations sont faciles à saisir sous les mots, et la trame de ses besoins, sur laquelle il brode ingénieusement des mesures d'intérêt public, se trahit en plus d'un endroit.

28 mars 1720. — Ordonnance portant défenses de s'assembler dans aucuns lieux ni quartiers et de tenir bureau pour les négociations de papier, à peine de prison, de 3,000 livres d'amende, etc., à l'exception des agens de change seulement (3).

(1) L'obligation du secret, nettement accusée par l'art. 8 des statuts d'octobre 1706, est ici confirmée.

(2) Le 22 mars de la même année est rendue une ordonnance qui défend de s'assembler dans la rue Quincampoix pour négocier du papier ; elle ne touche pas à notre question.

(3) Les réunions illicites qu'on défend ressembraient à celles que nous avons vues si longtemps sur les boulevards.

30 août 1720. — Arrest du Conseil d'Estat, portant suppression des soixante offices d'agens de change, créez par les édits des mois d'août 1708 et novembre 1714, et qui ordonne qu'il sera establi soixante agens de change en vertu d'une nouvelle commission. — Dispositions essentielles relatives à l'exercice des fonctions.

Décidément l'édit de 1705 a eu plusieurs éditions. Suppression immédiate, établissement concomitant, c'est encore la formule de cet arrêt du Conseil. Des commissions seront expédiées, mais sous quelles charges? Cherchons : « Seront tenus les particuliers qui seront choisis pour exercer lescdites commissions, de rapporter, avant que leurs commissions leur puissent être expédiées, un certificat du commis du dépost en banque pour justifier qu'ils y auront déposé dix actions nouvelles de la compagnie des Indes (1) provenant de la conversion des anciennes ou quinze actions rentières..... ». Le système de Law avait besoin de protection et les actions rentières baissaient, nous sommes en droit de le conclure, d'autant plus que nous avons déjà vu les agioteurs chassés de la rue Quincampoix (2). Nous les verrons tout à l'heure de nouveau mis en fuite. L'Etat veut tenir en rênes la spéculation, il cherche à la guider, à la maîtriser pour la conduire à son profit. Ceux qui empiéteront encourent de sévères châtimens : « fait Sa Majesté très expresse inhibitions et deffenses à toutes personnes de s'immiscer dans les fonctions des agens de change, d'exiger ni de recevoir aucuns droits pour quelque négociation que ce

(1) Cette obligation de dépôt est un acheminement au cautionnement, qui va être exigé des agents de change par l'arrêt du 29 novembre 1781.

(2) Voir la note 2 de la page précédente.

puisse estre, à peine de trois mille livres d'amende, même de prison et de plus grandes peines, s'il y échet, contre les domestiques, apprentifs, compagnons, ouvriers et gens sans aveu. » Poursuivons notre route.

30 août 1720. — Règlement que Sa Majesté veut et entend estre gardé et observé par les soixante conseillers du Roy, agens de change, banque, commerce et finance, établis en conséquence de l'arrest du Conseil d'Estat du Roy de ce jour.

25 octobre 1720. — Arrest du Conseil d'Estat, ordonnant l'establisement des soixante agens de change et la fermeture de la Bourse établie à l'hôtel de Soissons. Deux passages principaux sont à relever : « ... au moyen de quoi il n'y aura plus aucune nécessité de tolérer plus longtemps l'assemblée tumultueuse qui se fait à la Bourse... » Ce dernier mot qualifie la réunion des agents de change à Paris ; on peut le noter sans prétendre toutefois que ce vocable si souvent répété de nos jours, fasse ici, à proprement parler, sa première apparition. On aurait pu entendre un édit de juillet 1549 parler : « de lieu qu'on appelle change, estrade ou bourse. »

Plus loin l'arrest du Conseil continue : « ... fait Sa Majesté deffenses à tous courretiers et autres de s'immiscer dans lesdites fonctions (d'agents de change)... » La négociation des effet est interdite aux courretiers et cependant les agents de change conservent le droit de négocier les marchandises en concurrence avec eux. Pour la première fois, la distinction est bien marquée entre les fonctions quant aux attributions.

En janvier 1723, la manœuvre bien connue est mise en jeu : Edit portant suppression des anciens offices d'agens de change établis dans la ville de Paris, et création de

soixante nouveaux offices d'agens de change, banque et commerce dans ladite ville, avec diverses modifications. — Insister serait superflu ; nous devinons que certains titres étaient en souffrance, car on cherche à les sauver ; ce sont les effets publics de l'époque : « et, pour accélérer autant qu'il nous sera possible le remboursement des dettes de l'Estat, et donner plus de facilité aux particuliers qui voudront acquérir lesdits offices, voulons et ordonnons que la finance qui sera par nous réglée pour lesdits offices, suivant le rolle qui en sera arrêté en nostre conseil, ensemble les deux sols pour livre de ladite finance, soit payée par les acquéreurs desdits offices, en contracts de rentes sur la ville, rentes provinciales, finances d'offices supprimez, et autres créances de l'Estat liquidées... »

Voici maintenant venir à nous un texte qu'il importe de retenir. Certaines de ses dispositions nouvelles alors sont aujourd'hui en vigueur ; il se déroule longuement en quarante et un articles.

24 septembre 1724. — Arrest du Conseil d'Estat portant établissement d'une Bourse dans la ville de Paris, pour les négociations de lettres de change, billets au porteur et à ordre, et autres papiers commercables, et des marchandises et effets ; et pour y traiter des affaires de commerce, tant de l'intérieur que de l'extérieur du royaume.

Une Bourse est établie dans la rue Vivienne. Il serait plus exact de dire qu'elle y est reconnue, régularisée, car, après son exode de l'hôtel de Soissons où il avait pris corps, l'agiotage, peu soucieux des mesures qui l'avaient en vue, s'était réinstallé précisément rue Vivienne. Quoi qu'il en soit, des articles nombreux indiquent avec soin

de quelle manière la Bourse sera tenue, la police, les heures d'ouverture, les conditions d'entrée (1), les négociations sont déterminées. Dans l'impossibilité d'analyser rigoureusement ce texte que nous verrons suivre de tant d'autres encore, nous chercherons simplement à mettre en vedette les dispositions capitales ; au reste, il y a beaucoup d'articles qui laissent intact notre sujet, envisagé *stricto sensu* (2).

Relevons la défense expresse de faire aucune opération en dehors du lieu et de l'heure prescrits, à peine de prison et de six mille livres d'amende contre les contrevenants qui s'aventureraient, en outre, sur le domaine monopolisé ; relevons aussi cette particularité que les soixante offices créés par édit du mois de janvier 1723 n'ayant pas été levés, l'article 19 ordonne de commettre à l'exercice des dits offices ; enfin prenons acte des articles 17 et 18. Celui-là sera plus tard recherché par les auteurs qui considèrent le ministère des agents de change comme obligatoire même pour deux parties qui se connaissent et qui sont disposées à passer ensemble un marché. Quant à celui-ci, la jurisprudence l'exhumera et le rendant à la vie lui demandera main forte pour établir la nullité des opérations de coulisse et pour s'opposer à la répétition qui pourrait suivre l'exécution du marché.

L'arrêt du Conseil d'Etat que nous étudions voit sur un point son exécution assurée par un arrêt du 14 octobre qui commet et nomme les soixante agents de change ; et

(1) Art. 11 : Les femmes ne pourront entrer à la Bourse, pour quelque cause ou prétexte que ce soit. — Ostracisme curieux, il s'exécute encore à Paris de nos jours.

(2) Ce texte offre une lecture pleine d'enseignement ; on le trouvera dans le *Nouveau Manuel*, p. 72.

ces commissions sont données aux nouveaux agents sans finance, c'est étrange.

Enregistrons toujours ; les textes pullulent.

22 décembre 1733. — Arrest du Conseil d'Estat attribuant les négociations des actions et autres effets aux agents de change, exclusivement à tous autres, et portant réduction du nombre des agents de change à quarante (au lieu de soixante). — L'arrêt donne lui-même la cause de la réduction : « ... et Sa Majesté estant aussi informée que des soixante agents de change commis par l'arrêt du 14 octobre 1724, les uns n'ont point esté pourvus, d'autres sont décédez, et quelques-uns ont remis leurs commissions entre les mains du sieur lieutenant général de police, ou ne font plus leurs fonctions ; à quoi désirant pourvoir.... veut Sa Majesté que le nombre desdits agents de change soit réduit et fixé pour l'avenir à quarante seulement.... »

Pendant les années suivantes, les prescriptions ne feront pas absolument grève, mais deviendront moins importantes. M. Salzedo écrit avec une certaine raison (1) : « De 1733 à 1781, les agents de change et les coulissiers semblent oubliés par le pouvoir royal ; à la place de la fécondité législative de la période antérieure, nous n'avons à constater qu'une pénurie complète de textes ; la seule ordonnance à citer est celle du 8 juin 1775, qui fixe à cinquante le nombre des agents de change. C'est que les charges n'étant plus des offices, mais des commissions données au plus capable et non au plus offrant, la sollicitude de la royauté n'avait plus les mêmes motifs. » Donnons cependant avec l'ordre chronologique :

(1) *La Coulisse et la Jurisprudence*. Cette monographie a une valeur incontestable ; le fond peut prêter à controverse, mais la forme déduit à coup sûr. Voir p. 23.

17 juillet 1736. — Ordonnance du lieutenant général de police qui condamne plusieurs particuliers en six mille livres d'amende chacun, et leur interdit pour toujours l'entrée de la Bourse pour s'estre immiscés dans les fonctions d'agens de change, et ce, sur la demande des syndics et adjoints des agens de change de Paris, et en exécution des dispositions existantes (1).

17 mai 1740. — Arrêt du Conseil d'Etat, qui ordonne que, conformément à l'arrêt du 22 décembre 1733, les négociations des actions et autres papiers commercables ne pourront estre faites que par deux agens de change, dont le nombre demeurera fixé à quarante, lesquels seront inscrits sur un tableau à la Bourse.

21 avril 1766. — Arrêt du Conseil d'Etat qui fait défenses aux négociants et autres, dont les affaires ont été dérangées, de fréquenter la Bourse (2).

30 mars 1774. — Arrêt du Conseil d'Etat, interprétatif des précédens réglemens sur les négociations et la police de la Bourse. — L'origine du parquet se trouve dans l'article premier ; veut-on savoir dans quels termes il est intronisé ? Voici : Il sera incessamment construit une séparation de trois pieds de hauteur dans la salle de la Bourse, à l'endroit et à la distance qui seront jugés le plus convenable par le sieur lieutenant général de police de la ville de Paris, au delà de laquelle séparation il n'y aura que les agens de change et les officiers chargés par ledit sieur lieutenant général de police qui pourront y être admis, et

(1) Aujourd'hui le préfet de police ne pourrait pas prononcer une pareille condamnation : elle rentre exclusivement dans le domaine du tribunal correctionnel.

(2) Pure redite ! L'arrêt du 7 octobre 1645, en dépit d'une rubrique qui semble laisser de côté cette matière, l'avait prévue. Ce qui est nouveau, c'est l'euphémisme : affaires dérangées. Traduisons : faillite, atermolement.

dont la porte d'entrée sera gardée par un des gardes de service à la Bourse. »

Et le cri, il retentit pour la première fois. L'article deux prépare les échos : « Les négociations des effets royaux ou de ceux réputés tels, continueront de se faire à la Bourse par le ministère seul des agens de change ; et, à mesure qu'il y aura une variation dans le prix, elle sera annoncée par l'acheteur en nommant son vendeur, ou par le vendeur, en nommant son acheteur.

24 juin 1775. — Arrêt du Conseil d'Etat qui porte le nombre des agens de change de Paris de quarante à cinquante, attendu l'insuffisance reconnue du premier nombre. — C'est l'en-tête qui fait part de cette insuffisance ; six ans après, ce que l'on reconnaît c'est l'excès, car nous avons à la date du 26 novembre 1781 : arrêt du Conseil d'Etat portant règlement pour la compagnie des agens de change de Paris, dont le nombre est de nouveau réduit à quarante ; fixant le cautionnement qui sera exigé à l'avenir, les conditions d'aptitude et contenant diverses prescriptions. — L'article deux demande un cautionnement en immeubles montant à la somme de 60,000 livres, et l'article suivant consacre une alternative puisqu'on peut opter et verser au trésor royal la somme de 40,000 livres en espèces dont l'intérêt est payé au denier vingt. Puis quelques prescriptions originales font leur entrée ; nous les relatons avec enchantement ; depuis un temps si long nous n'avons pu saluer que des répétitions. Le stéréotype a trouvé son usage dans la législation. Bref, voici une nouvelle condition d'aptitude dans l'article six : « Nul ne pourra être reçu agent de change qu'il n'ait justifié avoir travaillé et demeuré au moins cinq ans sans interruption dans les comptoirs de banque ou de commerce, dans les

bureaux des finances ou études des notaires. » Et le stage, le surnumérariat est créé. On demande aux agents de change d'élire dans une assemblée générale dix sujets d'une conduite sans reproche pour remplir dans la suite les places qui deviendront vacantes. Enfin la police, l'usurpation du monopole engendrent des articles qui permettront de faire encore un règlement : « que Sa Majesté veut et entend être gardé et observé par les agents de change de la ville de Paris et par les courtiers qui sont ou seront admis à suivre la Bourse. »

L'année suivante apporte dans ses plis une innovation. Les opérations à terme — mot nouveau — ont les honneurs d'une mention — pas honorable. — Nous sommes en 1785 ; de Calonne est contrôleur général des finances et ne semble pas devoir ramener dans le *budget* un équilibre toujours inconnu. Il cache le déficit et subvient complaisamment à toutes les dépenses ; le jeu d'ailleurs ne l'effraye pas, mais soit manque de flair, soit malveillance de la Fortune, ses spéculations ne sont pas heureuses. Acculé, épouvanté, il va prendre contre ses adversaires une arme qui leur fera forcément défaut : la loi. C'est un arrêt orageux qui éclate le 7 août 1785 (1). Le Roi est informé, il le dit lui-même, que « depuis quelque temps, il s'est introduit dans la capitale un genre de marché ou de compromis, aussi dangereux pour les vendeurs que pour les acheteurs, par lesquels l'un s'engage à fournir, à des termes éloignés, des effets qu'il n'a pas, et l'autre se soumet à les payer sans en avoir les fonds, avec réserve

(1) Arrêt du Conseil d'Etat qui renouvelle les ordonnances et règlements concernant la Bourse et proscriit les négociations abusives, ou marchés à terme illicites.

de pouvoir exiger la livraison avant l'échéance, moyennant l'escompte ; que ces engagements dépourvus de cause et de réalité... occasionnent une infinité de manœuvres insidieuses tendantes à dénaturer momentanément le cours des effets publics (1)... » Voilà des lignes grosses d'enseignements ; elles nous donnent une définition suffisamment correcte des opérations à terme et nous signalent la faculté d'escompte, elles enferment les effets royaux et ceux réputés tels dans une épithète unique. D'autres dans la suite tracent un tableau plus pittoresque et peignent la frénésie du jeu, mais il n'y aurait pas intérêt juridique majeur à s'appesantir sur ces considérations. Elles conduisent à des injonctions enfermées en articles ; malheureusement enlisées dans un style verbeux, il est urgent de les dégager. Article 1^{er}. Défense à toute personne, autre que les agents de change, de s'immiscer dans aucune négociation publique, de banque, de finance et de commerce. Article II. Interdiction de toute assemblée ou réunion dans ce but sous peine de prison et de 6,000 livres d'amende, tant pour les auteurs de ces réunions que pour les propriétaires qui ne les auraient pas dénoncées. Article III. Nullité de toute négociation d'effets royaux et autres effets publics qui ne serait pas faite par l'entremise des agents de change ou ailleurs qu'à la Bourse. Article VII. Nullité des marchés et compromis d'effets royaux et autres quelconques qui se feraient à terme et sans livraison desdits effets ou sans le dépôt réel d'iceux constaté par acte dûment contrôlé au moment même de la signature de l'engagement.

Article VIII (plus clément). — Faculté laissée aux par-

(1) Dénomination neuve.

ticuliers admis à la Bourse de négocier entre eux les effets de commerce.

Depuis 1724, les fonctions d'agents de change étaient attribuées par commission, nous le rappelons au lecteur ; lui annonçant ensuite une déclaration du Roi, il aura peu de peine à en présumer le but : soixante offices d'agents de change sont établis à Paris (1), et l'on s'arme contre les coulissiers invincibles. Article XI : « faisons défenses à toutes personnes, autres que les agents de change qui sont pourvus d'offices, même aux agents et courtiers ci-devant pourvus de commissions et permissions, de faire aucune des fonctions exclusivement à eux attribuées, ni de percevoir les droits desdits offices, sous aucun prétexte, soit de bénéfice, récompense, gratification ou autrement, à peine de restitution du quadruple des sommes reçues et de six mille livres d'amende... » Nous parlons d'armes, elles s'émeussent vite et l'arrêt du 22 septembre apporte son appoint aux mesures répressives, il confirme les dispositions des arrêts des 7 août et 2 octobre 1785 contre l'agiotage en ajoutant la défense de faire des marchés à terme d'effets royaux ou autres effets publics ayant cours à la Bourse, dont la livraison s'étende au delà de deux mois. Les dernières lignes établissent une juridiction d'exception et sept commissaires sont nommés pour connaître de toutes les contestations relatives aux opérations de Bourse. Les juges de droit commun avaient-ils montré une complaisance regrettable à l'endroit de l'agiotage et voulait-on demander à leurs successeurs sinon plus de justice, au moins plus de sévérité !

(1) 19 mars 1786. — Déclaration du Roi, concernant l'établissement des offices d'agents de change, créés pour la ville de Paris, par édit de janvier 1723.

Le répertoire historique s'épuise lentement ; après tant de citations, nous n'avons pas encore atteint la Révolution. Quelques mentions encore : 2 décembre 1786 : Arrêt du Conseil d'Etat, contenant règlement pour la Compagnie des agents de change (1). — 14 juillet 1787. Arrêt du Conseil d'Etat par lequel le Roi révoque la commission établie par l'arrêt du 22 septembre 1786, renvoie devant les juges ordinaires les instances relatives aux marchés illicites d'effets publics, et ordonne qu'à l'exception des actions de la Caisse d'escompte, aucuns des papiers et effets des compagnies et associations particulières, ne pourront être négociés à la Bourse de Paris, que comme des billets et lettres de change entre particuliers (2). — 10 juin 1788. Arrêt du Conseil d'Etat qui, homologuant une délibération prise par les agents de change, fixe irrévocablement les offices des agents de change au nombre de soixante et à la finance de cent mille livres, et contient diverses dispositions réglementaires. Une phrase révélatrice est renfermée dans son sein : « Le gouvernement est trop éclairé pour ne pas sentir que la profession d'agent de change mérite toute son attention par l'importance dont elle est pour le maintien du crédit public, et pour soutenir le prix des effets royaux ; il n'est qu'un moyen d'en tirer toute l'utilité dont elle peut être et de rétablir l'ordre à la Bourse, c'est de donner à leurs syndics, adjoints et comité, toute l'autorité nécessaire, non-seulement pour en exclure les intrus, mais encore pour maintenir une

(1) Le règlement actuel de la compagnie des agents de change à Paris est en grande partie calqué sur celui-là.

(2) Nous l'appellerons à nous plus tard, lorsque nous aurons à déterminer l'étendue du monopole quant aux valeurs dont la négociation est réservée aux agents de change.

discipline exacte parmi leurs propres membres et leurs commis. »

La Révolution est imminente et les agents de change, si souvent ballottés, seront, cette fois, submergés. La loi du 17 mars 1791 abolit tous les offices énumérés en son article 2 ; parmi ces offices se trouvent ceux des agents de change auxquels la loi donne pour voisins les perruquiers-barbiers-baigneurs-étuvistes. Toute personne peut exercer la profession d'agent de change moyennant le simple paiement d'une patente (1) ; en prêtant serment devant un juge du tribunal de commerce, ajoute la loi du 8 mai. Le nouveau régime fut désastreux ; installé au nom de la liberté, à celui de l'égalité aussi, il eut peu d'accointances avec la fraternité, paraît-il, car les spéculations les plus malhonnêtes, les exactions les plus déloyales eurent cours forcé à la Bourse de Paris. La Convention, amie des mesures énergiques, fussent-elles insensées, ordonna dès lors sa fermeture par un décret du 27 juin 1793 qui n'obtint pas en pratique une obéissance complète et fit place à la loi du 6 floréal an III. Elle déclarait que le numéraire en or et en argent est marchandise et autorisait l'ouverture des lieux connus sous le nom de Bourse. Fructidor bientôt apportait sa loi du 13. Article 1^{er} : « Il est défendu à tout individu, à Paris et dans toutes les places de commerce où il y a Bourse, de vendre de l'or et de l'argent soit monnoyés, soit en barres, en lingots, ou ouvrés, ou de faire des marchés qui auraient ces matières pour objet, sur les places et dans les lieux publics autres que la Bourse. Tout contrevenant sera condamné

(1) La patente était de création nouvelle ; elle venait d'être établie comme impôt à prélever sur l'exercice d'une profession, d'un négoce, d'un art ou métier.

à deux années de détention, à l'exposition en public, avec écriteau sur la poitrine, portant ce mot : *Agioteur* ; et tous les biens seront, par le même jugement, confisqués au profit de la République. » La procédure peut paraître rapide ; on conduit sur-le-champ le prévenu devant le directeur du jury qui dresse l'acte d'accusation aussitôt ; il est présenté au jury d'accusation dans le jour suivant et le jugement suit dans les trois jours. On doit dire : *lex dura*, hésitant à ajouter : *sed lex*. Les spéculateurs connurent en ces circonstances une tout autre fièvre que celle de l'or. Ces rigueurs, il importe de le remarquer, atteignaient aussi le vendeur à terme, le baissier que l'on désigne par périphrase : « l'individu convaincu d'avoir vendu des marchandises ou effets dont, au moment de la vente, il n'était pas propriétaire. »

Eh bien ! l'observation sera de prime abord jugée incroyable : la Convention fut battue par l'agiotage ; le jeu n'avait point disparu, il s'étalait partout. La suppression étant impossible, on va essayer un retour vers la réglementation et le monopole est rétabli à Paris par la loi du 28 vendémiaire an IV, loi de privilège, œuvre de la Convention. En résumé, les places des quatre-vingts agents de change, institués en exécution de la loi du 8 mai 1791, sont supprimées ; vingt-cinq nouvelles charges créées dont vingt destinées aux opérations et négociations en banque ou papier sur l'étranger et cinq à l'achat et à la vente des espèces monnayées et des matières d'or et d'argent. Soixante charges de courtiers de marchandises sont également installées. Il va sans dire que les sanctions ne sont pas omises ; ce que le législateur oublie toujours ou cherche en vain, c'est de leur donner efficacité.

Les charges ainsi rétablies ne furent pas des offices héréditaires mais de simples commissions viagères (1).

Cinq ans s'écoulaient sans tremblement de terre au pays de la finance, et nous pouvons, historiographe des agents de change, reprendre haleine avant de porter la main sur des textes devenus rares, mais — qu'il soit permis de s'exprimer franchement — devenus aussi plus sérieux.

A la suite de discussions dont la lecture constitue un guide précieux (2), la loi du 28 nivôse an ix est votée; plusieurs de ses dispositions sont en vigueur. Il nous reste loisible de ne point la développer dans toute sa longueur, car nous arriverons, en l'invoquant plus tard, à reproduire les dispositions qui auront place en la discussion.

Elle s'inspire, sans aucun doute, de l'intérêt général, et décidant que dans toutes les villes où il y aurait une Bourse, il y aurait des agents de change nommés par le gouvernement, ayant seuls le droit d'exercer la profession, elle étend, en quelque sorte, à la province ce que la loi de vendémiaire an iv avait stipulé pour la capitale.

L'article 8 demande une sanction pénale en cas d'immixtion; mais, remarquent dès maintenant certains auteurs, la sanction civile est absente; ils nient ainsi la nullité virtuelle que l'article 7 recèle dans ses flancs, au dire d'autres écrivains.

A un mois seulement d'intervalle, l'arrêt du 29 germinal an ix désigne les villes où devront être établies des bourses de commerce et pare à l'organisation et à la

(1) L'analogie sera facile à trouver pour qui consentira à jeter un coup d'œil dans le passé : 1572, 1720, 1724.

(2) Ces discussions sont habilement rapportées, dans les passages principaux, par M. J. Bozérian. Voir la *Jurisprudence financière*, numéro du 21 mai 1884.

police de ces bourses. Combiné avec quelques textes postérieurs, il édifie pleinement sur l'organisation actuelle de la Bourse, sauf de légères modifications; et ces documents ultérieurs nous les signalons à l'attention de toute personne désireuse de connaître, sur les agents de change, la question de l'ensemble plutôt que de concentrer ses regards sur le point spécial du monopole (1).

3 messidor an ix. — Arrêté portant établissement d'une Bourse de commerce à Paris.

1^{er} thermidor an ix. — Arrêté portant nomination des agents de change près la Bourse du commerce de Paris. On donne par ordre alphabétique la liste des agents de change; il y en a soixante et onze, nombre qui fut limité, par l'ordonnance royale du 29 mai 1816, à soixante.

18 thermidor an ix. — Ordonnance du préfet de police concernant la police de la Bourse.

27 prairial an x. — Arrêté concernant les bourses de commerce. Arrêté primordial, quintessence de tous les textes précédents; on l'a dit à bon droit. Nous viendrons y puiser, dans l'avenir, au cours de nos besoins. L'article 7 procure la sanction civile que la loi de ventôse an ix avait laissée de côté ainsi qu'on l'objectait un peu tôt. « Conformément à l'article 7 de la loi du 28 ventôse an ix, toutes négociations faites par des intermédiaires sans qualité sont déclarées nulles. » Mais il y a une erreur de renvoi, répliquera-t-on? Fatalité! Pour notre part, blotti derrière les principes généraux, nous sommes à l'abri de l'inquiétude.

10 fructidor an x. — Délibération de la chambre syn-

(1) Voir le *Code Tripiér* et mieux encore le *Nouveau Manuel des Agents de change*.

dicale des agents de change de Paris, concernant l'exécution de l'arrêté du 27 prairial an x.

L'article 76 de notre Code de commerce ferme la marche, et son premier paragraphe, dont la concision actuelle contraste si violemment avec la prolixité passée, appelé du reste à provoquer les doutes du commentateur, à faire naître son embarras, à justifier ses critiques enfin, est ainsi conçu : « Les agents de change, constitués de la manière prescrite par la loi, ont seuls le droit de faire les négociations des effets publics et autres susceptibles d'être cotés, de faire, pour le compte d'autrui, les négociations des lettres de change ou billets, et de tous papiers commerciaux, et d'en constater le cours. »

Tel l'écheveau historique, nous avons cherché à le débrouiller sans en couper un fil. Des textes mêmes ont été cités dont la corrélation avec le monopole n'est que médiante; lorsqu'on sonde le passé, plus d'un hésite à s'aventurer jusqu'au fond et dans toutes les directions. Nous n'avons pas fait mieux que d'autres, nous avons voulu faire plus; avant de localiser ses études à une partie circonscrite, il faut connaître l'organisme dans son ensemble. Maintenant prenons la loupe.

CHAPITRE II.

DE L'ÉTENDUE DU MONOPOLE DES AGENTS DE CHANGE

Nous sommes en présence d'un terrain sur lequel les agents de change opèrent et dont l'accès est interdit à tous autres intermédiaires. De là, nécessité de le définir nettement, d'en tracer, pour ainsi dire, les limites. Dans ce but nous allons chercher quelles sont les valeurs monopolisées; puis les connaissant, nous étudierons les opérations qui, à leur tour, rentrent dans le privilège. En dehors de ces dernières déterminées portant sur les premières, connues également, les entraves disparaîtront et les coulissiers pourront parler de légalité.

SECTION I. *Valeurs dont la négociation est réservée aux agents de change.*

SECTION II. *Opérations réservées aux agents de change.*

SECTION I.

VALEURS DONT LA NÉGOCIATION EST RÉSERVÉE AUX AGENTS DE CHANGE.

SOMMAIRE. — Effets publics. Lettres de change, billets, tous papiers commercables. Matières métalliques. Effets susceptibles d'être cotés. Premier système. Second système. Troisième système. La doctrine dite de la nature intrinsèque mitigée n'existe pas ; MM. Lyon-Caen et Renault ne l'ont pas exposée comme on le prétend. Quatrième système inauguré par l'arrêt du 1^{er} juillet 1885 ; l'interprétation qu'il consacre n'était point dans la pensée du législateur. Arrêt du 9 mars 1886 ; les mots employés consacrent le troisième système.

Quelles sont ces valeurs ? L'article 76 prétend apporter la réponse, et l'énumération est la suivante :

1^o Les effets publics.

2^o Les effets susceptibles d'être cotés.

3^o Les lettres de change ou billets, et tous papiers commercables.

4^o Les matières métalliques.

Elle doit être serrée de près cette énumération, et l'analyse de chaque terme a son utilité (1).

Effets publics. — Denisart nous fait connaître ce que l'ancien droit appelait ainsi (2). Le droit moderne accepte une définition analogue. Le terme d'effets publics comprenait tout contrat de rente, tout titre de créance dont le roi avait autorisé la créance et le commerce d'une

(1) Nous modifierons l'ordre, afin de donner la dernière place aux expressions qui demandent un long commentaire.

(2) Denisart, *Décisions de Jurisprudence*, v^o *Effets publics*.

manière spéciale, que l'Etat fût chargé de leur acquittement ou non. Les effets royaux proprement dits, englobés dans les précédents, étaient ceux qui devaient être acquittés immédiatement par le roi, soit au trésor royal, soit dans d'autres caisses lui appartenant.

Aujourd'hui, *mutatis mutandis*, les effets désignés par le Code de commerce seront, on l'affirme sans désaccord : ceux qui constatent une dette contractée par l'autorité publique, — Etat, département, commune — et les titres émis avec l'autorisation des pouvoirs publics. Ceux-ci se subdivisent : tantôt l'Etat apparaît avec sa garantie pécuniaire, tantôt il apporte sa garantie morale. Les actions et obligations des compagnies de chemins de fer s'accrochent à la première branche ; la seconde porte les actions et obligations des sociétés anonymes avant la loi du 24 juillet 1867 (1). Les valeurs émises par des sociétés privées, sans autorisation préalable, seraient au contraire des effets privés.

Lettres de change, billets, tous papiers commercables.
— La lettre de change et le billet à ordre sont réglementés dans le Code de commerce (2) et ne peuvent être l'objet d'aucune difficulté en ce qui nous concerne. Les anciens textes disaient : « billets au porteur ou à ordre ; » l'article 76 conserve la pensée et la donne sous une forme plus laconique ; mais qu'entend-on par ces mots : papiers commercables ? Ils étaient déjà énigmatiques dans l'arrêt du 24 septembre 1724 ; toutefois s'opposant aux « lettres de change, billets au porteur ou à ordre, » ils comprenaient vraisemblablement les autres valeurs négociables, effets

(1) Aujourd'hui encore les tontines et les compagnies d'assurances sur la vie sont soumises à une autorisation administrative.

(2) Voir art. 110 et suiv. ; art. 187 et 188.

publics et certains effets privés, selon notre langage. La terminologie ondoyante, peu fixée, autorisait des expressions dont le sens demandait souvent à être déterminé ; tout au contraire, en 1807, il faut admettre qu'il existe une sorte de dictionnaire juridique, il définit les effets publics, les effets privés, les effets de commerce, pourquoi alors, quand l'article 76 cite les deux premières catégories, s'exprime-t-il dans la suite, comme nous le savons ? Ce sont les effets de commerce présents et futurs qu'il cherche à atteindre sans doute, mais il copie un texte antique avec une adresse discutable (1).

Des interprètes rangent sous la dénomination de « papiers commerçables » tous les titres, actions et obligations qui ne rentrent pas dans les effets publics ; ils seraient embarrassés alors d'expliquer « et autres susceptibles d'être cotés » si on le leur demandait, ce qu'on ne fait pas ; ils ne le font pas non plus. Ajoutons : ces auteurs sont partisans, quelques-uns tout au moins (2), d'un monopole très restreint qui serait consacré, ils l'affirment ailleurs, par l'article 76. Avec l'explication qui précède, le monopole embrasserait tout, ne leur déplaît.

Matières métalliques. — Il s'agit des monnaies d'or, d'argent, et des lingots. Les agents de change agissaient concurremment avec les courtiers de marchandises qui ont joui d'un monopole jusqu'à la loi du 18 juillet 1866 ; depuis, sur ce point, plus de monopole.

Effets susceptibles d'être cotés. — La traduction de cette

(1) Voir *Précis du cours de droit commercial*, par Boistel, p. 419. L'auteur semble ratifier notre jugement, car il traduit *in globo* : lettres de change et effets de commerce, ajoutant que cette fonction des agents de change est abandonnée, à Paris, à des courtiers libres.

(2) M. Salzedo, notamment.

phrase a une importance capitale ; elle varie cependant avec les interprètes, en sorte que le champ d'action des agents de change s'étend ou se restreint au gré de chacun. Nous allons donner le commentaire qui a nos sympathies et nous passerons à l'examen des principales variantes.

Premier système : Un effet est susceptible d'être coté lorsqu'il constitue une valeur mobilière, commerciale, dont aucune loi ne prohibe la négociation. — Que faut-il, de prime abord, pour qu'un effet soit susceptible d'être coté ? — Qu'il soit admissible par la chambre syndicale. — Que doit-elle alors ou, du moins, que devrait-elle envisager s'il lui prenait fantaisie de dresser la liste de toutes les valeurs monopolisées ? Elle regarderait simplement si l'effet est une valeur commerciale mobilière, écartant toutefois fatalement parmi les valeurs mobilières et commerciales, celle dont la négociation serait enrayée par une disposition législative.

Notre réponse est faite, on en conviendra, sans le secours de l'imagination ; elle n'émane même point de ces longues réflexions génératrices d'originalité plus que de vérité, elle ne heurte pas enfin le texte de l'article 76. Si maintenant l'historique ne la dément pas, si les objections présentées peuvent être combattues loyalement, nous avons cause gagnée.

Interrogeons l'histoire. La loi du 28 ventôse an ix, dans son article 7 : « Les agents de change et courtiers qui seront nommés en vertu de l'article précédent, auront seuls le droit d'en exercer la profession, de constater le cours du change, celui des effets publics, marchandises, matières d'or et d'argent et de justifier devant les tribunaux ou arbitres la vérité et le taux des négociations,

ventes et achats; » la loi, disons-nous, n'atteignait que les effets publics, mais elle prévoyait la naissance possible de réglemens modificatifs par son article final (1). Précisément, le 27 prairial an x, paraît un arrêté concernant les bourses de commerce (2); dans ses dispositions générales il rappelle (art. 4) les peines du délit d'immixtion, la nullité des négociations accomplies par intermédiaires sans qualité (art. 7) et ajoute dans un article spécial (art. 8) : « Les compagnies de banque ou de commerce qui émettent des actions sont comprises dans la disposition des articles précédents, et ne pourront exiger d'autre garantie que celle prescrite par les lois et réglemens. »

Nous sommes en 1802, et nous arrivons en 1807, date de rédaction du Code de commerce, sans rencontrer aucune modification sur notre sujet. L'article 76 est mis au monde; cherchons quelles sont ses intentions touchant l'état de choses précédent. En cas de changements, nous lirons des discussions, des phrases catégoriques qui livreront tout le secret des désirs nouveaux du législateur. Il n'en est rien. Écoutons Locré (3) : « Effets publics et autres susceptibles d'être cotés. — L'article 8 du règlement du 27 prairial an x comprend textuellement au nombre de ces effets les actions des compagnies de banque ou de commerce, et prononce la nullité des négociations relatives à ces sortes d'actions, lorsqu'elles n'ont pas été faites par un agent de change. » (Observations du tribunalat.)

(1) Art. 11 : « Le gouvernement fera, pour la police des bourses et en général pour l'exécution de la présente loi, les réglemens qui seront nécessaires. »

(2) Voir notre chapitre 1^{er}, p. 39.

(3) *Esprit du Code de commerce*, t. I, p. 460.

Voilà côte à côte — que l'on nous permette cette expression vulgaire en raison de sa justesse — les effets publics et les effets privés qui sont d'une négociation possible. Or le monopole embrasse les premiers, qu'ils soient cotés ou non, dès l'instant que, par leur nature, ils portent ce qualificatif; donc les effets privés susceptibles d'être cotés rentrent aussi dans le monopole, abstraction faite de toute idée de cote.

Le privilège des agents de change ne reçoit pas, ainsi, son étendue de ses bénéficiaires; il est fixé par une volonté supérieure qui a édicté l'article 7 de la loi de ventôse an ix et l'article 8 de l'arrêté de prairial an x, avant d'aboutir à l'article 76 du Code de commerce. Partout c'est la nature intrinsèque de l'effet qui le signale au monopole, et nous dirons hardiment, en doctrine, que la cote n'a aucune importance. Il va de soi que les prescriptions que nous venons de mentionner peuvent être modifiées par des mesures législatives. Nous le disons plus haut, au moment de fixer le monopole il importe de rechercher si la négociation n'est pas prohibée dans telle hypothèse possible.

Ce système a rallié des suffrages précieux (1); il a, en particulier, été proposé à l'acceptation de la chambre des requêtes dans un rapport très savant de M. le conseiller à la Cour de cassation Ballot-Beaupré (2); il entraînait, nous en sommes convaincu, dans les vues des rédacteurs de 1807

(1) Voir Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit commercial*, t. I, p. 838. — Bédarride, nos 204 et 205. — Mollot, nos 126 et 392. — Bozérian, t. I, nos 45, 229, 386. — Vainberg, *Journal des valeurs mobilières*, 1^{re} année, p. 97 et suiv.

(2) On le trouvera dans un ouvrage récent : *De la Négociation des effets publics et autres*, par M. Crépon, conseiller à la Cour de cassation. Lire p. 77 et suiv.

qui, trouvant devant eux des valeurs fort rares, consacrées toutes à l'alimentation d'un privilège existant, ont entendu maintenir et le monopole et son mode d'exercice. A cette époque, la besogne des agents de change ne dépassait point les forces humaines, car le marché était médiocrement achalandé.

L'étude des autres opinions nous conduira aux objections faites à la nôtre, et les réponses se placeront au fur et à mesure. Toujours on voudra échancre le beau domaine que nous avons indiqué, en réduire le périmètre.

Second système : Les effets susceptibles d'être cotés sont ceux que désignent leur importance et leur multiplicité. Le tribunal en est juge. — Ces effets ne sont pas inscrits réellement à la cote, mais ils pourraient y être; le texte de l'article 76 est respecté, on tient même compte de chacun de ses mots; mais à quel vague on aboutit! Le monopole est toujours flottant et indécis, il n'est point limité par ces grandes barrières auxquelles on doit s'attendre; ses confins ne seront jamais tracés; chaque décision judiciaire tirera une petite ligne. Un circuit net, franc, n'existe pas.

En outre, quelle anomalie! On appelle un tribunal afin de juger; ses considérants seront tout et tous arbitraires. Ce n'est même pas l'usage qui le guidera; il étudiera les faits, ira aux renseignements. Les spéculateurs seront toujours hésitants, en quête d'indices pour les convertir en prémisses. Nous n'avons pas prétendu écarter sans merci le tribunal; on pourra faire appel à ses décisions, alors elles se présenteront avec garantie, elles naîtront avec facilité. Le juge aura devant lui deux questions peu compliquées. Primo : l'effet est-il dans la catégorie des valeurs

mobilières, commerciales? Secundo : aucun texte ne l'écarte-t-il du marché en Bourse? (1).

Nous dirons encore que ce second système manque d'assises; il ne saurait en trouver ni dans l'ancien droit, ni dans les travaux préparatoires. Cependant il a obtenu quelques consécérations.

Troisième système : Les effets susceptibles d'être cotés sont les valeurs admises à la cote et dont le cours figure au bulletin officiel. — Cette opinion admise par M. Salzedo est présentée par lui en d'excellents termes (2) : « Les effets susceptibles d'être cotés sont purement et simplement les effets admis à la cote officielle. Du moment qu'une valeur n'est point portée sur cette cote, c'est que, pour un motif ou pour un autre, elle n'est pas susceptible de l'être. La loi a laissé la solution de cette question à l'appréciation discrétionnaire de la chambre syndicale. » L'auteur se justifie par ce que l'on appelle des arguments indirects. Ce système a tous les avantages opposés, dit-il, aux inconvénients des deux autres. Les deux autres, nous les avons exprimés; ici donc, nous allons voir ce qui est reproché à notre opinion (3). On fait l'hypothèse suivante : étant donné d'une part, que, de par leur règlement, les agents de change refusent de négocier une valeur qui n'est point portée à la cote; étant donné d'autre part (solution du premier système) que le monopole porte même sur des valeurs dont la chambre syndicale ne s'est

(1) Sont écartés les titres non timbrés, les actions non libérées du quart, les titres étrangers ne réunissant pas les conditions exigées par le décret du 6 février 1880, etc.

(2) Voir p. 43, dans l'ouvrage déjà cité : *La Coulisse et la Jurisprudence*.

(3) Ce sont surtout ces objections qui nous intéressent et que nous voulons réfuter. Le second système, défectueux à notre avis, recevra les traits de M. Salzedo sans que nous cherchions à les parer.

pas préoccupée, lorsqu'un particulier se présentera à l'agent, lui demandant son concours dans une négociation ayant trait précisément à une valeur monopolisée, non cotée, il essuiera un refus, et s'il se tourne vers un cou-lissier obligeant, il encourra toutes les conséquences d'une opération irrégulière. « Voilà donc le spéculateur placé entre une impossibilité et une illégalité. Ou ne rien faire ou faire un acte nul. »

Notre réponse sera pressentie par qui songera à la multiplicité des règlements; chaque compagnie d'agents de change a le sien. Il serait bien bizarre de laisser corriger, étirer, raccourcir l'article 76 selon les différentes bourses. Cette simple réflexion donne la clef de la solution finale : aucun règlement n'a l'autorité légale, et partant nul agent de change ne saurait régulièrement éconduire un client comme on l'a supposé. La sanction du gouvernement, prévue par l'article 22 de l'arrêté du 27 prairial an x, n'a jamais été revêtue par aucun règlement (1). D'ailleurs, cette prohibition, cette mise à l'écart des négociations est-elle écrite en termes formels? Existe-t-elle réellement? Citons l'article 155, celui que l'on sous-entend sans doute : « La chambre syndicale, sous l'autorité du ministre des finances, a tout pouvoir pour accorder, refuser, suspendre ou interdire la négociation d'une valeur autre que les fonds d'Etat français, à la Bourse de Paris, soit au comptant, soit à terme (2). » En somme, la chambre syndicale peut écarter, lisons-nous; il n'est pas dit qu'elle

(1) « Les agents de change et courtiers de commerce de chaque place sont autorisés à faire un règlement de discipline intérieure, qu'ils remettront au ministre de l'intérieur, pour être par lui présenté à la sanction du gouvernement. »

(2) Règlement de la compagnie des agents de change de Paris.

éloigne de tout trafic celles des valeurs qui ne sont pas cotées. Bien au contraire, nous relaterons des textes péremptoires en sens opposé; l'article 99, prévoyant le cas d'une négociation ordonnée par justice, dispose comme suit : « Le jour annoncé, s'il s'agit d'une valeur cotée, l'agent de change procède comme pour une négociation ordinaire; s'il s'agit d'une valeur non cotée, la marche est la même, seulement l'agent de change doit, de plus, demander au syndic ou aux adjoints de service, l'autorisation de faire figurer, par exception, le cours de la valeur non cotée, le jour de la négociation, sur le bulletin officiel, à une place et avec une mention spéciale. »

Si l'on exige, dans nos arguments, avec le poids le nombre, nous joindrons l'article 83 : « Les agents de change ont seuls le droit de faire, avec l'assistance de leurs commis principaux, les négociations d'effets publics et autres susceptibles d'être cotés, soit au comptant, soit à terme. » Et qu'on ne cherche pas à donner aux mots *susceptibles d'être cotés* un sens qui anéantisse nos affirmations! Leur portée nous est fournie par un arrêt de l'année 1851, ainsi rendu : Un jugement du tribunal de la Seine ayant ordonné la vente de certaines actions, non cotées, par le ministère d'un notaire, le syndic des agents de change près la Bourse de Paris forma tierce opposition, alléguant que la disposition de l'article 76 doit être entendue dans ce sens que non-seulement les effets cotés à la Bourse habituellement, mais aussi ceux dont la valeur est éventuellement apte à être constatée par une cote, bien qu'elle ne l'ait pas encore été, rentrent dans le monopole des agents de change. Il donnait bien aux mots en litige la portée que nous leur imposons. Ses prétentions, rejetées par le tribunal, furent admises par la cour d'appel dans

un arrêt duquel nous détachons un considérant qui synthétise nos assertions : « Considérant que, lors même qu'en fait ces actions n'auraient pas été cotées, il suffit que la Bourse soit le marché où elles doivent, par leur nature, se négocier et se coter, pour que l'article 76 Com. doive recevoir son application... » (1).

M. Salzedo, que nous traitons en protagoniste du troisième système, se prétend en droit de demander à notre opinion la justification du langage législatif. Si le rédacteur voulait donner aux agents de change le grand domaine mis par nous dans leur patrimoine, il aurait fait comprendre, sans recourir à des mots sibyllins, qu'il le peuplait des *valeurs mobilières*. Les expressions de l'article 76 sont ambiguës, alambiquées et, semble-t-il penser, point du tout adéquates à l'explication que nous avons fournie. La réponse n'est point embarrassante : les mots *valeurs mobilières*, *effets mobiliers* eussent compris à tort même les titres de créances purement civiles (2).

L'auteur inquiet cherche alors pourquoi on a mis à part les effets publics ; le législateur devait dire simplement « tous les effets susceptibles d'être cotés ». — Eh bien ! non ; il aurait agi fort imprudemment avec la seule mention des effets susceptibles d'être cotés. En tenant compte de l'historique, on serait arrivé à se demander si les effets ainsi visés n'étaient pas les seuls effets publics, car l'arrêt du Conseil d'Etat du 14 juillet 1787 avait formellement défendu de coter à la Bourse les actions émises par les compagnies de banque et de commerce (3).

(1) Voir C. de Paris, 30 mai 1851 ; D. 52, 2, 92.

(2) Voir la théorie du transport des créances, à certains égards très compliquée, dans les articles 1689 et suiv. du Code civil.

(3) « ... Veut en outre Sa Majesté qu'à l'exception des actions de la Caisse d'es-

A notre tour, nous demanderons à M. Salzedo raison des entorses qu'il inflige au texte de l'article 76, de l'amputation qu'il lui fait subir. Il est question d'effets susceptibles d'être cotés, le monopole porte donc apparemment sur des effets qui ne sont pas toujours cotés, et c'est cette conclusion que repousse l'auteur. Il fait des expressions équivalentes de ces deux petites propositions « effets cotés » ; « effets susceptibles d'être cotés ». Comment ? — La disposition a un caractère transitoire, tout est là. En 1807, les effets susceptibles d'être cotés ne représentaient point dans la pensée du législateur les effets qui, non cotés, seraient cependant de nature à y figurer dès l'heure à laquelle on se place, mais les effets qui n'étaient pas inscrits et ne pouvaient pas l'être au moment de la promulgation du Code de commerce. On songe à ceux qui plus tard réuniront les conditions requises pour l'inscription, toutefois il faudra absolument qu'ils soient cotés pour figurer dans le monopole (1).

L'article 2098 du Code civil est cité comme offrant un exemple du même procédé de rédaction.

L'explication est fort ingénieuse, mais on peut dire qu'elle sort tout armée — toute désarmée — du cerveau de son auteur, et les travaux préparatoires, loin de lui prêter main forte, la terrassent, la réduisent à néant. A ce propos, le savant conseiller à la Cour de cassation, M. Ballot-Beaupré, fait une remarque judicieuse ; il laisse à

compte, aucun des papiers et effets des compagnies et associations particulières existans ou qui peuvent exister par la suite, ne puissent être négociés à la Bourse de Paris que comme les billets et lettres de change entre particuliers, et qu'en conséquence lesdits papiers et effets n'y puissent être criés et cotés, ni jouir d'aucuns des avantages qui n'appartiennent et ne doivent appartenir qu'aux effets royaux. »

(1) Voir ouvrage cité, p. 45 et 46.

entendre que si les rédacteurs avaient une telle appréhension de l'équivoque relativement aux objets soumis au monopole, ils auraient témoigné la même sollicitude pour les agents eux-mêmes. Bref, ils auraient dit : « Les agents de change qui sont et ceux qui auront été constitués de la manière prescrite par la loi auront seuls le droit... »

En toute sincérité, notre interprétation reste beaucoup moins ébranlée que les autres, car elle n'est pas en butte à des objections aussi sérieuses ; elle a pour appuis l'histoire, les textes, la logique et par ce dernier mot, nous voulons dire que nous arrivons seul à fixer l'étendue du monopole par la loi. Le second système, on ne l'a pas oublié, s'en remet à la discrétion des tribunaux ; le troisième laisse les bénéficiaires eux-mêmes se prononcer. Etrange monopole, unique alors dans son genre, ce monopole que nous étudions ; il varie avec les jours dans une même ville, avec les villes dans un même pays. Si cette situation est régulière, la loi qui la consacre est la plus originale que l'on puisse rêver.

Une dernière objection s'adresse à nous. Elle est capitale, juge son auteur, M. Crépon. Après avoir cité le rapport auquel nous avons rendu hommage (1), l'écrivain déclare qu'il n'a visé que des objections secondaires ; « il a laissé de côté l'objection capitale tirée des effets excessifs, exorbitants qui seraient la conséquence de l'interprétation proposée ; de la perturbation que de pareils effets jetteraient dans le monde des affaires et, par suite, dans le crédit public, de telle sorte qu'on est en droit de se demander si c'est bien là ce qu'a voulu le législateur,

(1) Voir ouvrage cité, p. 91.

et si c'est exactement comprendre sa pensée que de lui donner un pareil sens et une pareille portée. »

Subitement, si l'on faisait passer en pratique notre théorie, nous reconnaissons qu'il y aurait en fait des *effets excessifs, exorbitants*. Mais cette hypothèse ne doit pas nous faire reculer, elle n'a aucun poids dans une conception spéculative. L'article 76 pouvait être interprété tel que nous le comprenons lors de sa rédaction, les valeurs à monopoliser étaient rares ; dans la suite, le nombre s'accrut exagérément et le législateur aurait dû intervenir devant l'impossibilité matérielle, pour les agents de change, de suffire à toutes les négociations ; il s'est tenu coi. Cette matière semble le terrifier (1). Des collaborateurs irréguliers se sont installés à côté des agents de change, avec leur connivence ; plus nombreux d'ailleurs, ils prennent avec eux des façons de collègues, et l'on constate un accord touchant entre ces pseudo-frères, sauf quelques mouvements d'impatience de la part des privilégiés (2).

C'est en 1885 seulement que s'est présentée devant la Cour de cassation la question de savoir sur quelle espèce de valeurs portait le privilège. La réponse a créé un système qu'il nous reste à exposer. Avant, nous voulons tuer en germe et arrêter dans son essor une sorte de nouveau système qui n'a aucune raison d'être.

M. Crépon, extrayant un passage du *Précis de droit commercial* de MM. Lyon-Caen et Renault, dont il reconnaît

(1) Les règlements annoncés par l'art. 90 du Code de commerce n'ont jamais été élaborés. La *furia francese* ne s'exerce pas sur le terrain législatif.

(2) Mouvements qui se traduisent devant les tribunaux. Nous rappellerons ailleurs le procès de 1859-1860.

toute la valeur, déclare que la doctrine de la nature intrinsèque des effets y est admise, mais avec un certain tempérament. Cette réserve nous chagrinerait beaucoup ; nous nous plaisions à compter parmi les nôtres ces deux éminents professeurs ; il nous faudrait alors les rayer de nos cadres (1). Cherchons donc si elle ne serait pas prêtée par M. Crépon aux auteurs qui, vraisemblablement, la lui rendraient. Que lit-on ? « Cette dernière expression « et autres susceptibles d'être cotés » ne peut pas être prise comme synonyme d'effets admis à la cote officielle. Pour déterminer si des effets publics ou privés sont susceptibles d'être cotés, il faut considérer leur nature intrinsèque et rechercher si leur négociation n'est pas prohibée par quelque loi (2). » Voilà, à n'en pas douter, le système de la nature intrinsèque nettement exposé. Les mots qui suivent la conjonction « et » formulent dans le jugement de l'honorable conseiller à la Cour de cassation une modification, un tempérament, un schisme, tandis qu'en réalité, ils constituent une exception inévitable, tellement fatale qu'elle reste souvent sous-entendue par les partisans du système de la nature intrinsèque. Cette omission habituelle aura occasionné la méprise que nous avons pris la liberté de relever. Comment, encore une fois, les agents de change revendiqueraient-ils le monopole de la négociation d'actions qui légalement ne peuvent être négociées ? Cela ne se conçoit pas.

Quatrième système : Un effet est susceptible d'être coté,

(1) En fait, la défection ne nous sera pas épargnée, mais elle se produira en 1885 seulement, car le *Manuel de droit commercial*, excellente condensation du *Précis*, donne sa sanction à l'arrêt de la Cour de cassation.

(2) Voir *Précis de droit commercial*, t. I, n° 1481. Voir aussi les n°s 76 et 77 dans l'ouvrage de M. Crépon.

au sens de l'article 76, lorsqu'il est susceptible non point de figurer éventuellement à la cote, mais d'y être admis effectivement; en d'autres termes, une valeur rentrera dans le monopole encore que le cours ne figure pas à la cote, pourvu qu'il y ait possibilité de l'y insérer, parce qu'à un moment donné la chambre l'a admise à la cote. — La Cour de cassation décida ainsi par un arrêt du 1^{er} juillet 1885, sur rapport de M. le conseiller Crépon (1); entraînée par des considérations pratiques, elle a, suivant nous, trouvé dans l'article 76 ce qu'elle y cherchait, c'est-à-dire une interprétation qui, ne violentant pas le texte, consacrait un état de choses inébranlable, donnant elle-même une importance secondaire aux vœux du législateur de 1807.

Restreindre le monopole des agents de change, c'est un premier avantage. Ne pas mettre dans l'embarras les personnes qui ont à faire négocier des titres non admis à la cote officielle, c'est un second succès. Et puis la Cour de cassation se placera au point de vue juridique si l'on y tient. Cette jurisprudence n'est pas contraire, fera-t-on remarquer, à la contexture de l'article 76. Les valeurs mobilières admises à la cote officielle par la chambre syndicale sont seulement *susceptibles d'être cotées*. Elles ne le sont pas quand, en fait, il n'y a pas eu de négociations s'appliquant à ces valeurs. Leur cours est susceptible d'être coté; l'article 72 parle ainsi et précède celui que nous commentons. Est-ce assez concluant!

Et si nous n'avons pas une foi aveugle, on nous lancera

(1) Cass., 1^{er} juillet 1885; D 85, I, 393. Les conclusions de M. l'avocat général sont rapportées. — S. 85, I, 257. — De la négociation des effets publics et autres, nos 79 et suiv.

un nouvel argument. Dans une loi récente (1), celle du 27 février 1880, cherchant quels intermédiaires seraient employés pour la négociation des valeurs appartenant aux incapables, le législateur a admis l'interprétation de l'arrêt du 1^{er} juillet. En effet, l'article 3 déclare que « l'aliénation sera opérée par le ministère d'un agent de change, toutes les fois que les valeurs seront négociables à la Bourse, au cours moyen du jour », donc, par *a contrario*, on recourt à d'autres intermédiaires quand les valeurs ne sont pas négociables à la Bourse. — Alors quand le sont-elles ? — Le règlement de la compagnie des agents de change de Paris répond dans son article 155. — Cet article est connu (2) ; c'est un de ceux auxquels on demande toujours ce qu'il ne veut jamais donner, et cette fois encore il ne répondra pas que les valeurs négociables à la Bourse sont seulement celles que la chambre syndicale a admises à la cote et dont le cours est ainsi susceptible d'être coté. Voilà nos adversaires avec un argument brisé en mains. Du reste, l'article 155 eût-il donné la solution sollicitée, l'argument n'en eût pas reçu une vie exubérante, car nous aurions rappelé bien vite que ce règlement, aussi disgracié que ses congénères, n'a jamais obtenu la sanction du gouvernement. Sur ce, oserait-on soutenir que le législateur, en 1880, a précisément donné cette autorité légale ? — Il n'y a aucunement songé, les travaux préparatoires en font foi et l'assertion contradictoire rapprocherait dans les souvenirs certain personnage classique des rédacteurs de la loi invoquée. Ils auraient fait de la sanction sans le savoir.

(1) Elle est relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur.

(2) Voir p. 50.

Un dernier mot : l'argument *a contrario*, régulièrement déduit, quitte l'exception et tombe dans la règle. Dans l'espèce, la règle serait faite des négociations opérées par d'autres intermédiaires que les agents de change. Nos adversaires ne s'en effrayeraient peut-être pas, mais nous protesterions énergiquement. La règle, nous la cherchons, nous la supposons inconnue et la pétition de principe ne figure pas, en logique, comme un procédé de raisonnement. Encore une fois, cette règle n'a pas été établie en 1880, par ricochet, inconsciemment. Depuis 1807, nous attendons une réglementation promise ; son absence cause un danger réel, une lacune considérable, mais on n'est pas en droit, pour autant, de la combler avec des matériaux pris dans une loi sur les incapables.

Ce quatrième système ressemble étonnamment à celui que nous avons appelé le troisième et nous ne l'en félicitons pas. La chambre syndicale, en fait, déclarera admissibles à la cote les valeurs qui la tenteront par les négociations importantes auxquelles elles paraîtront appelées et dont le marché est ou sera rapidement envahi ; par conséquent, l'effet cotable (1) sera vraisemblablement coté de suite. La distance restera théorique à ce point que la Cour de cassation, après avoir rendu l'arrêt du 4^{er} juillet 1885, tombait elle-même rapidement dans le piège qu'elle avait dressé (2) : « La Cour... attendu que les seuls effets soumis au privilège des agents de change et pour la négociation desquels l'intervention d'un agent doit, à peine de nullité, être établie, sont ceux qui ont été portés par la chambre syndicale sur la cote officielle de la

(1) Nous demandons droit de cité pour ce mot très expressif.

(2) Cass., 9 mars 1886 ; D., 86, 1, 266.

Bourse ; attendu, en fait, que l'arrêt attaqué constate que vingt-deux des négociations effectuées pour le compte de Bergeron portaient sur des valeurs non cotées ; que, dès lors, c'est à bon droit qu'il a déclaré que, pour ces valeurs, qui appartenaient au marché libre, il n'était pas nécessaire de justifier de l'intervention d'un agent de change dans la négociation. » Cette formule est restrictive.

Ici se termine la section. Nous avons soutenu de toute notre ardeur le premier système qui nous a fasciné, parce qu'il était, en 1807, voulu par le législateur, exprimé par l'article 76, réalisable en fait ; aujourd'hui il reste vrai quoique impraticable sans un changement de législation. La Cour de cassation, acculée à une situation difficile, a su habilement sortir de l'impasse et peut être applaudie, mais point, à notre avis, au nom du droit pur (1). On peut dire qu'elle a jeté le manteau de Noé sur les outrages que subit la loi ; ne valait-il pas mieux les proclamer pour y couper court ? Ce vieux texte de 79 ans, rajeuni par la Cour, présenté avec une physionomie nouvelle qu'on prétend être sa figure de jeunesse, excitera toujours notre critique.

(1) Quelques professeurs ont pourtant justifié, en doctrine, cette décision de la Cour suprême. M. Bailly, professeur de droit commercial à la faculté de Dijon, à son cours — MM. Lyon-Caen et Renault : *Manuel de Droit commercial*, ouvrage déjà cité, n° 763.

SECTION II.

OPÉRATIONS RÉSERVÉES AUX AGENTS DE CHANGE.

SOMMAIRE. — Change; son cours. Opérations à terme. La Compagnie des agents de change de Paris contre les coulissiers en 1859. Loi du 28 mars 1885. Marchés-Reports. L'agent de change est-il un courtier? Non. Est-il toujours un commissionnaire? Non. L'agent de change échappe à un qualificatif unique. Valeurs et négociations que l'art. 76 n'atteint pas. Questions et hypothèses particulières. Certaines circonstances peuvent-elles enlever à l'immixtion son caractère délictueux?

Cette seconde question doit trouver réponse, comme la première, dans l'article 76; nous voyons :

La négociation des effets publics et autres susceptibles d'être cotés.

La négociation des lettres de change ou billets et de tous papiers commerçables.

La constatation de ces cours et de celui des matières métalliques.

L'article ajoute : « Les agents de change pourront faire, concurremment avec les courtiers de marchandises, les négociations et le courtage des rentes ou achats des matières métalliques... » (1). La première de ces attributions peut seule prêter aux difficultés; nous concentrons nos explications et nos efforts sur elle en précisant

(1) Les courtiers de marchandises ont vu tomber leur monopole devant la loi du 18 juillet 1866. Relire ce que nous avons dit à la page 44.

toutefois le caractère du change et ce qu'on entend par son cours (1).

Le change manuel ou local n'a que faire ici ; c'est l'échange des monnaies, office des changeurs ; par opposition existe le change tiré qui sera mis en lumière par une espèce. Restons en France : un commerçant de Paris débiteur d'un négociant marseillais veut acquitter sa dette. Il cherche sur sa place une lettre de change payable à Marseille, l'achète, l'envoie à son créancier ; celui-ci réclame le paiement au débiteur de la lettre : mode de libération plus commode et moins coûteux que celui qui consisterait dans l'envoi de numéraire. Les mêmes avantages reparaitraient et seraient amplifiés s'il s'agissait de paiements à faire à l'étranger ; cela est facilement compris.

Supposons, dans notre hypothèse d'école, que le commerçant devait cent francs. Croit-on qu'il achètera, moyennant ce prix, la lettre qu'il convoite ? Point du tout ; elle coûtera 101, 102, 103 francs, abstraction faite du droit de commission, et le change sera précisément la différence entre la valeur nominale du titre de crédit et le prix auquel il est négocié ; elle variera, d'où le *cours du change*. Cette différence, ces variations sont-elles bien évidentes ? On peut l'affirmer ; les effets sont traités en marchandises. La loi, si active, de l'offre et de la demande, entrera en scène inévitablement (2) ; le terme plus ou moins éloigné du paiement, la confiance plus ou moins grande accordée à la signature du débiteur agiront sur la valeur du papier.

(1) Quant à la certification du compte de retour des effets de commerce protestés, nous engageons à lire les articles 178, 179, 180, 181, 186 du Code de commerce et le décret du 24 mars 1848 qui modifie les deux premiers et suspend l'exécution des trois autres.

(2) La lettre sera peut-être vendue quatre-vingt-dix-neuf francs.

Les personnes qui ont des paiements à faire à l'étranger sont celles qui ont acheté à l'étranger et les importations viennent d'elles; par contre, les effets de commerce tirés sur l'extérieur sont d'autant plus abondants qu'on a vendu davantage au dehors, d'autant plus nombreux que les exportations sont elles-mêmes en plus grande quantité. La cherté du papier sur l'étranger montrerait, à un moment donné, que le nombre des titres demandés est supérieur à celui des titres créés, dans cette conjoncture les importations excèdent les exportations et le change sera *défavorable* à la France. L'économie politique disserte longuement sur ce sujet séduisant, mais nous continuerons notre route afin de ne pas encourir nous-même le reproche d'immixtion.

Pour mesurer et coter les variations du change on prend, comme point de repère, la lettre de change qui porte sur la valeur de l'unité monétaire (1) multipliée par cent; suivant les différents pays, on se guidera sur les effets de 100 francs, 100 marks, 100 dollars, 100 florins, 100 kronen, 100 pesetas, etc., et on cherche si elle est cotée au delà ou en deçà de sa valeur nominale : dans le premier cas elle est au-dessus du pair, dans le second au-dessous. Cotée à la valeur nominale, on la déclare au pair.

Le cours du change est coté dans les journaux comme le cours de la Bourse proprement dite (2).

Les opérations qui incombent aux agents de change —

(1) Exceptionnellement, dans le change sur Londres, on prend pour unité la lettre de change de une livre, dont la valeur réelle est de 25 francs 20 centimes.

(2) Voir sur cette question le *Précis du cours de droit commercial*, de Bédarride, p. 445. Voir aussi *Précis du cours d'économie politique*, de Cauwès, t. I, n° 546, 547, 548, 549, et les *Fonctions d'économie politique*, de Charles Gide, p. 339.

souvent désignées sous le nom de marchés — se réduisent, en dernière analyse, à des achats et à des ventes. Ce sont :

Les achats et ventes au comptant.

Les achats et ventes à terme.

Les marchés-reports.

Pendant un long temps la controverse s'est nourrie des opérations à terme et des reports : la légalité de celles-là se discutait et la question était capitale. Avec la solution de l'irrégularité on arrivait à laisser le champ libre aux rivaux des agents de change qui firent de cette illégalité un moyen de défense, du reste infructueux.

En 1859, une lutte s'engageait entre la compagnie des agents de change de Paris et la coulisse. A la date du 22 juin 1859, les hostilités commençaient devant le tribunal de police correctionnelle ; elles ne devaient prendre fin que le 19 janvier 1860. Trois degrés de juridiction furent invoqués successivement par la coulisse (1), qui ne pouvait se résigner à la défaite. L'affaire eut un retentissement considérable : la nature des questions soulevées plus encore que leur nouveauté attirait l'attention ; la prévention comme la défense se présentaient par les plus brillants organes (2).

Devant la sixième chambre correctionnelle, après deux

(1) Eclairons ce mot d'un usage si fréquent. « Dans un des anciens locaux destinés à la Bourse de Paris, il se trouvait un couloir séparé par une cloison à hauteur d'appui du lieu où les commerçants étaient assemblés ; ce couloir se prolongeait jusqu'au parquet des agents de change, c'est là que se réunissaient les personnes qui font entre elles et sans le ministère d'agents de change des marchés sur les fonds publics. On appela ce lieu coulisse, et ceux qui le fréquentaient coulissiers. » Frémery, *Etudes de Droit commercial*, p. 434.

(2) Voir la *Compagnie des agents de change de Paris contre les coulissiers*, procès recueilli par J. Sabbatier. Voir aussi S. 1860, I, 482, et D. 1860, I, 40, avec une dissertation de M. Thiercelin. Cass. 19 janvier 1860.

audiences remplies par l'enquête, les plaidoiries contradictoires des défenseurs et le réquisitoire du ministère public, la coulisse a été condamnée.

Devant la Cour, sur les conclusions conformes du ministère public, et sans qu'on ait voulu entendre le défenseur de la compagnie des agents de change, le jugement a été confirmé par de nouveaux motifs.

Enfin, devant la Cour de cassation, saisie par le pourvoi de la coulisse, après deux jours de débats et sur les conclusions conformes de M. l'avocat général, la décision de la Cour de Paris a été confirmée par un arrêt de rejet dans lequel nous relevons : « Attendu que les vendeurs ont vainement soutenu que toutes leurs opérations ayant été des opérations à terme, celles-ci sont interdites à l'agent de change, ou parce qu'il ne peut traiter qu'après remise des fonds et dépôt préalable des titres, ou parce qu'elles entraînent une obligation de garantie ;

Attendu que la disposition de l'article 76 du Code de commerce est générale et absolue ; qu'elle n'a pas distingué entre les négociations à terme et les négociations au comptant ; qu'elle comprend virtuellement les unes comme les autres dans les attributions exclusives des agents de change ; que les opérations à terme ont été réputées licites, à la seule condition qu'elles soient sérieuses, qu'elles tendent à la délivrance réelle des titres et ne cachent pas des marchés fictifs et de jeu ; qu'on ne concevrait pas que la négociation à terme, qui offre plus de périls et peut devenir plus facilement un moyen de fraude à la loi, soit précisément celle que le législateur eût interdite à l'officier public qu'il instituait, pour la livrer à des intermédiaires sans qualité et dépourvus de toutes les garanties professionnelles qu'il exigeait. »

Les opérations à terme, sérieuses, sont déclarées régulières. Précédemment, on pouvait citer des décisions différentes. Un arrêt du 11 avril 1824, par exemple, appelé arrêt Forbin-Janson, résumait une jurisprudence qui prononçait la nullité *a priori* des marchés à terme. A partir de l'année 1860, la Cour marcherait-elle résolument dans sa nouvelle voie? On le cherchait avec inquiétude. En attendant une intervention législative manifestée tardivement (1), la question de la validité des marchés à terme restait pendante. Elle avait donné lieu à trois principaux systèmes.

1^o Les marchés à terme faits à découvert sont prohibés absolument;

2^o Les marchés à terme ne sont pas prohibés, seulement il y a lieu, en vertu de l'article 1965 du Code civil, de refuser toute action pour leur exécution quand ils cachent des jeux ou des paris sur la différence des cours;

3^o Les marchés à terme ne sont pas prohibés et ne constituent jamais de jeux pour l'exécution desquels l'action en justice doit être refusée.

Il nous plaît de rappeler ces opinions; l'on nous permettra de dire qu'elles ne sont pas démodées aux yeux de celui qui n'accorde pas effet rétroactif à la loi du 28 mars 1885 (2).

Cette dernière loi valide les opérations qui se présentent sous forme d'opérations à terme en supposant même qu'elles recèlent des jeux. Ses auteurs, frappés des faits,

(1) Loi sur les marchés à terme, promulguée le 8 avril 1885. Les commentaires sont nombreux; celui de M. Coulon nous a satisfait.

(2) La Cour de cassation, récemment, a rendu un arrêt en ce sens. Cassation, 18 avril 1887, D. 87, I, 153. Voir, dans le passé, *Des marchés à terme*, par Badon-Pascal. Lire aussi un discours prononcé par M. Détourbet, avocat général, à la rentrée solennelle de la cour d'Amiens. — Voir enfin Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. I, n^o 1549 et suiv.

choqués par l'appel adressé si fréquemment à l'exception de l'article 1965, par la réponse aussi habile que malhonnête : « J'ai joué », ont voulu couper court à la déloyauté et fermer la bouche à qui invoque l'exception de jeu. Le texte a subi, pendant l'élaboration, des métamorphoses qui ont pu, un moment, inquiéter le commentateur méticuleux ; toute difficulté disparaît par l'étude des travaux préparatoires (1).

Nous donnons la teneur de cette loi, en cette page. Nous y puiserons encore :

« Art. 1^{er}. — Tous marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer sur denrées et marchandises sont reconnus légaux.

Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965 du Code civil, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence.

Art. 2. — Les articles 421 et 422 du Code pénal sont abrogés.

Art. 3. — Sont abrogées les dispositions des anciens arrêts du Conseil des 24 septembre 1724, 7 août, 2 octobre 1785 et 22 septembre 1786, l'article 15, chapitre 1^{er}, l'article 4, chapitre II, de la loi du 28 vendémiaire an iv, les articles 85, paragraphe 3 et 86 du Code de commerce.

Art. 4. — L'article 13 de l'arrêté du 27 prairial an x est modifié ainsi qu'il suit : « Chaque agent de change est responsable de la livraison et du paiement de ce qu'il aura vendu et acheté. Son cautionnement sera affecté à cette garantie. »

(1) M. Baudry-Lacantinerie donne, dans son *Précis de droit civil*, 2^e édition, une exégèse *per transennam* qui n'est pas sans valeur ; t. III, n^o 886 *ter*.

Art. 5. — Les conditions d'exécution des marchés à termes par les agents de change seront fixées par le règlement d'administration publique prévu par l'article 90 du Code de commerce. »

Les reports sont aussi des opérations de Bourse (1) et rentrent dans les attributions des agents de change. Ce marché consiste à acheter au comptant des valeurs et à revendre immédiatement les mêmes titres ; nous allons en montrer le mécanisme dans sa plus simple expression. Première face : j'ai acheté fin courant des titres de rente 3 % au cours de 82 francs. Acheteur à terme, je suis spéculateur à la hausse, mais je me trompe dans mes prévisions, et le 3 % a baissé. Ma foi restant la même, je désire renouveler, prolonger en quelque sorte l'opération et je m'adresse à mon vendeur ; si sa volonté se rencontre avec la mienne, aucune difficulté ; sinon, obligé de recevoir ses titres et d'en fournir le paiement, mon embarras serait extrême sans le secours d'un *reporteur*, capitaliste qui paie pour moi en m'achetant au comptant les mêmes titres et me les revendant à terme. On comprend toutefois qu'il me reste à payer une différence, mais d'autre part, la hausse peut se produire et réaliser mes désirs. Finalement j'évite une perte, arrivant peut-être même à un bénéfice.

Seconde face : ayant foi dans la baisse, j'ai vendu à découvert des titres de rente 3 % fin courant. Une hausse

(1) Ce mot comporte un autre sens, il résume une situation du marché et indique la somme dont le cours du marché à terme dépasse celui du marché au comptant, situation normale, car l'acheteur à terme conserve la jouissance de ses capitaux en attendant le jour du paiement, tout en obtenant le droit au détachement des coupons. Cependant, dans diverses circonstances, on a vu les cours rester identiques, ce que l'on exprime ainsi : Le report est au pair. Parfois il y avait renversement, et l'on disait : il y a déport.

se produit et dérouté mes espérances, car il me faudra, pour livrer, acheter à un prix supérieur à celui de la vente; aussi je demande à un reporteur de me vendre les titres qui me sont nécessaires, au comptant, en les rachetant à terme. Dans le mois suivant, le sort de mon opération reste en suspens, il est vrai, mais un flair plus subtil m'aura, cette fois, peut-être guidé et je puis atteindre le bénéfice rêvé.

Le report, que l'on connaît maintenant en son mécanisme essentiel, possède une importance capitale par les mille combinaisons auxquelles il se prête et par les avantages, les utilités nombreuses qui en découlent. C'est la clef du système des opérations de Bourse, disait Frémery (1). Il prête à controverse, nous l'avons mentionné. Des auteurs ont vu dans notre premier exemple un prêt sur gages : le reporteur serait un prêteur et le reporté un emprunteur; les titres constituent le gage, le prix du marché au comptant la somme prêtée; le prix du marché à terme la somme à rembourser et la différence entre ces deux sommes devient précisément l'intérêt exigé.

Des analystes plus ou moins pénétrants ont avancé les mots de Mohatra (2), de prêt de consommation, de vente à réméré. Nous croyons, en principe, que le marché-report a dans le fond le caractère qu'il présente en la forme et qu'il y a achat et vente par un même contrat, dans notre exemple notamment (3).

Bref, cette opération est licite; les agents de change

(1) Voir Troplong, *Contrats aléatoires*, n° 149.

(2) L'étude du droit dépouille sa forme aride dans Pascal. Lire la huitième lettre à un Provincial : Maximes corrompues des casuistes touchant les juges, les usuriers, le contrat Mohatra, les banqueroutiers, les restitutions, etc.

(3) Voir *Des reports*, par E. de Prat.

doivent s'en emparer ; et nous savons clairement que ces agents ne seront jamais que des intermédiaires pour des achats et des ventes. Quel sera au juste leur rôle ? Il importe de le chercher ; au premier abord, l'on s'attend à trouver en eux des commissionnaires ou des courtiers.

L'agent de change serait-il un courtier ? On l'a soutenu rarement ; M. Salzedo toutefois se range à cet avis. Dès maintenant nous voulons dire que l'agent de change ne saurait être caractérisé d'un mot ; c'est un être complexe donnant à l'examen des éléments disparates : officier public, commerçant (1), intermédiaire, mais se livrant à une entremise qui change de forme, et ne se plie pas à une terminologie invariablement applicable. Un rapide parallèle entre les deux espèces différentes d'auxiliaires du commerce est facile à établir.

On a défini très exactement la commission : un contrat consensuel ordinaire à titre onéreux, synallagmatique et par lequel une personne (le commettant) donne le pouvoir de faire pour elle-même un acte juridique, commercial et déterminé à une autre personne qui s'engage à le conclure soit sous son nom propre, soit sous le nom du commettant et à lui en rendre compte. Nous reviendrons sur certains des mots employés, mais on voit de suite que le commissionnaire accomplit un acte juridique ; il le fait, il opère. Le courtier, lui, prépare les opérations et ne les conclut pas. Les rôles sont très distincts et se séparent si nettement qu'on peut les trouver juxtaposés (2).

Des différences séparent ces deux sectes d'intermé-

(1) Ces mots ne vivent pas ordinairement en bonne intelligence.

(2) Un commerçant, par exemple, envoie des marchandises à un commissionnaire pour qu'il les vende. Celui-ci fera appel à un courtier, afin de trouver un acquéreur, et finalement conclura lui-même le marché avec ce dernier pour le compte de son commettant.

diaires ; plusieurs sont déjà saisies par ce que nous avons dit. Ajoutons : le commissionnaire peut recevoir ou payer pour le compte de son commettant ; il peut se rendre garant de l'exécution des marchés dans lesquels il intervient ; le courtier ne le peut pas. La commission a toujours été libre ; le courtage des marchandises a été l'objet d'un monopole jusqu'à la loi du 18 juillet 1866. Le commissionnaire ne reçoit un salaire que de son commettant ; le courtier reçoit un salaire des deux parties.

Ceci posé, qu'est l'agent de change ? M. Salzedo répond : un courtier ; il cite d'abord la rubrique du titre V : *Des Bourses de commerce, agents de change et courtiers*. La réunion, le voisinage émeut cet auteur. Pour notre part, nous ne croyons pas fondé cet argument d'un nouveau genre qu'on pourrait appeler *a vicino*. Une expression spéciale : « agents de change » figure à côté de l'autre et peut avoir ses règles à elle ; nous trouverions dans l'œuvre législative française des bases solides pour étayer cette réplique. Voici seulement un cas fort curieux, source récente d'un procès bruyant : l'intention de nuire est-elle un élément indispensable pour entraîner la révélation du secret professionnel chez le médecin, prévue et punie par l'article 378 du Code pénal ? La réponse négative ne fait pas doute ; les arguments invoqués en sens contraire trouvent tous leur défaite et l'un d'eux consistait justement à exciper de la place de l'article 378. La rubrique porte : Calomnies, injures, révélation de secrets ; or l'intention de nuire est un élément constitutif des deux délits prévus en premier lieu, donc elle s'attache aussi au troisième, concluait-on à tort (1).

(1) Cass. 19 déc. 1885. D. 86, I, 347.

L'auteur cite, en développant sa thèse, des articles dont les prescriptions sont communes aux agents de change et aux courtiers : articles 84, 85, 86 du Code de commerce. Nous ne soutenons pas que, dans leurs évolutions, ces auxiliaires ne se rapprochent jamais, et les dispositions édictées pour tous ne nous apportent aucune surprise ; d'ailleurs nous ferons remarquer que l'identité annoncée se transforme tout au plus en analogie. Les articles 85, paragraphe 3, et 86 (1) doivent être interprétés avec les modifications qu'apporte l'arrêté du 27 prairial an x dans son article 19. Les différences vont s'accroître (2). On lit : « Les agents de change devront garder le secret le plus inviolable aux personnes qui les auront chargés de négociations, à moins que les parties ne consentent à être nommées, ou que la nature des opérations ne l'exige. » Cette mesure n'a pas trait aux courtiers, on ne le contestera point, et cette dissemblance, fût-elle seule, creuserait un fossé infranchissable. Oui, l'obligation du secret s'impose aux agents de change ; dès lors, c'est entre eux et non entre leurs clients que les marchés se passeront ; et les clients, dans une majorité de cas qui confine à l'unanimité, ne seront pas en jeu ; les noms resteront inconnus. Continuera-t-on à les qualifier courtiers ces agents intermédiaires agissant en leur nom personnel pour le compte d'autrui ?

M. Salzedo déclare embarrassante au premier abord cette objection, mais elle n'est pas irréfutable, car l'article 19, réflexion faite, se fourvoie ici ; c'est un intrus, un

(1) Nous faisons momentanément abstraction de l'art. 3 de la loi du 28 mars 1885. Voir notre page 67.

(2) Car la réglementation cesse d'être uniforme.

revenant qu'il faut chasser. Incompatible avec les articles 85 et 86 du Code de commerce, il se trouve abrogé.

Le conflit n'existe pas, expliquons les articles. Ils peuvent s'appliquer sans éprouver une gêne trop considérable du texte de l'an x qu'ils n'ont pas mis en retrait d'emploi. Des prohibitions sont en cause : Un agent de change ou courtier ne peut, dans aucun cas et sous aucun prétexte, faire des opérations de commerce ou de banque pour son compte (art. 85, alinéa 1^{er}). Il ne peut s'intéresser, directement ni indirectement, sous son nom ou sous un nom interposé, dans aucune entreprise commerciale (alinéa 2). Il ne peut recevoir ni payer pour le compte de ses commettants (alinéa 3) (1). Un sens doit être donné à cette dernière prohibition, nous objecte-t-on, or le secret étant gardé, l'agent de change foulera aux pieds malgré lui cette défense. Quand il y a lutte entre deux textes, le plus vieux succombe toujours ; la victoire, ici surtout, sourit aux jeunes. — Les deux mesures nous paraissent cependant conciliables ; jetant les yeux sur le passé, nous déchiffrons une réponse (2) : les agents de change ne seront jamais les banquiers de leurs clients ; en dehors de l'exécution des marchés, ils doivent se tenir inactifs ; ils ne sauraient ouvrir des crédits, faire des recouvrements ou des avances, mais il est bien entendu que dans toutes les hypothèses du secret, s'ils reçoivent et payent pour le

(1) Nos adversaires ont parlé des intentions du législateur, qui, suivant eux, place par ces articles l'agent de change dans le même cadre que le courtier. Nous remarquerons combien son langage serait néanmoins peu précis, puisqu'il emploie la terminologie de la Commission en ce paragraphe.

(2) Ord. du commerce, mars 1673, tit. II, art. 1^{er} : Défendons aux agents de banque et de change de faire le change ou tenir banque pour leur compte particulier, sous leurs noms ou sous des noms interposés, directement ou indirectement, sous peine de privation de leur charge et de quinze cents livres d'amende.

compte de leurs commettants, c'est parce que ces deux verbes ont la signification précise que leur assigne indirectement l'ordonnance de 1673.

Quant à l'article 86 du Code de commerce, on le déclare inapplicable aussi dans le cas où l'article 19 ne consentirait pas à s'éclipser. Les agents de change ne peuvent se rendre garants des opérations dans lesquelles ils s'entremettent. Comment ? s'écrie-t-on, puisque les parties restent dans l'ombre, puisque les contractants sont des anonymes les uns envers les autres, il devient de toute nécessité que l'agent de change s'oblige. — Soit, il s'oblige envers son collègue, envers son client, mais le Code de commerce n'a pas à souffrir, car « chaque agent de change devant avoir reçu de ses clients les effets qu'il vend, ou les sommes nécessaires pour payer ceux qu'il achète (1), » n'est point garant, en prenant le mot dans l'acception juridique. L'article 86, loin de se heurter à l'arrêté de prairial, sympathise avec lui ; il le fortifie à l'exception d'un point, car l'art. 10 (*in fine*) conclut : « Il n'est pas dérogé à la faculté qu'ont les agents de change de donner leur aval pour les effets de commerce. » Cette disposition est, à notre avis même, abrogée par l'article 86 ; une telle possibilité constituerait un cas de la garantie prohibée.

Peut-être, enfin, nous dira-t-on que notre dissertation se présente avec une complication, une recherche de mauvais aloi. En supposant le reproche fondé, nous serons peu gêné d'affirmer que, dans maintes circonstances, on se trouve devant des défauts d'harmonie difficiles à élucider.

(1) Art. 13 (arrêté du 27 prairial an x) modifié par l'art. 4 de la loi du 28 mars 1885 qui supprime précisément ce membre de phrase. Il passe à bon droit sous notre plume, puisque nous interprétons la pensée du rédacteur de 1807.

L'*inelegantia juris* est fréquente en législation; insister sur l'inconsistance des œuvres humaines devient un lieu commun. Dans notre espèce, la vérité que nous avons la prétention d'exposer était condamnée à une démarche défectueuse, à une allure regrettable; elle ne perdait point, pour autant, son caractère. La preuve! Mais la loi du 28 mars 1885 nous la fournit péremptoirement, et le Code de commerce a été élagué dans les rameaux qui portaient ainsi ombrage à la rigueur de notre démonstration. L'article 85, paragraphe 3, est tombé; l'article 86 également.

Pas n'est besoin d'insister davantage, nous refusons de reconnaître le courtier chez l'agent de change; en signalant des airs de famille nous ferions déjà une concession à M. Salzedo.

Est-ce, dès lors, la conduite d'un commissionnaire que tient l'agent de change? On le proclame volontiers, et nous l'avons lu dans les ouvrages de la plus haute valeur, avec une certaine surprise, en termes généraux. On supprime une distinction indispensable et l'on perd de vue le *criterium* qui fait discerner la commission du mandat. C'est cependant de l'avis général — nous ne disons pas universel (1) — le caractère commercial de l'acte en jeu, caractère qui peut exister pour une des parties seulement; mais parfois il fera défaut ici, car les opérations de bourse ne constituent pas nécessairement par elles-mêmes des actes de

(1) L'opinion divergente s'exprime ainsi : « La différence entre les deux contrats consiste dans la possibilité pour le commissionnaire de s'obliger lui-même en laissant le commettant inconnu des tiers avec qui il traite, tandis que le mandataire doit obliger son mandant et le révéler. Le commissionnaire est un mandataire transformé, amélioré. » Nous répondrons en sachant faire la preuve, le cas échéant, que le mandataire s'oblige quelquefois personnellement, et qu'inversement il est parfois utile que le commissionnaire fasse connaître le nom de son commettant.

commerce (1). L'agent de change n'est pas toujours un commissionnaire, il échappe à un qualificatif unique : tantôt commissionnaire, tantôt mandataire, jamais courtier. C'est une déception pour un auteur de se trouver ainsi en présence d'un personnage composite et qui endosse deux costumes. Sans porter à la coulisse un intérêt très vif, on aimerait cependant à pouvoir dire à ses membres, en style lapidaire : l'agent de change est un intermédiaire qui appartient franchement à telle catégorie unique et précise; donc toutes les autres vous sont ouvertes. — Notre matière manque absolument de coordination; la remarque s'impose, et l'avenir nous réserve des mécomptes de même nature. Nous sommes en pleine terre promise de l'énigme (2); peu de matières demandent aussi prompt révison; mais n'anticipons pas sur notre conclusion.

Bref, l'agent de change est donc l'intermédiaire qui, au sujet des valeurs que nous avons déterminées et à propos des négociations que nous connaissons, opère, c'est-à-dire agit non point afin de rapprocher les parties, mais contracte lui-même et cela parce qu'il est mandataire ou commissionnaire suivant les cas et au sens propre de ces mots.

Si l'agent de change est mandataire, il s'obligera personnellement — obligation possible et conciliable avec les principes du Code civil, — il s'obligera personnellement,

(1) Voir Cass. 4 juillet 1881, S. 82, I, 15. — Cass. 23 janvier 1882, S. 82, I, 263.

(2) Le législateur prend toujours des allures de Sphinx : En 1862, il modifie heureusement l'art. 75 C. com. en autorisant la formation de sociétés pour l'acquisition et l'exploitation des charges d'agents de change auprès des bourses pourvues d'un parquet; il détermine les conditions sous lesquelles ces sociétés sont permises, mais oublie d'en déterminer le caractère.

répétons-nous, s'il est sur le champ du privilège ; autrement sa conduite pourrait être suivie par toute personne sans que la question de l'immixtion puisse se poser. L'art. 76 s'interprète judaïquement, il fixe un monopole et nous dit : « Les agents de change, constitués de la manière prescrite par la loi ont seuls le droit de *faire* les négociations. » Dans une étude comme celle-ci, l'honnêteté juridique impose à l'interprète de se renfermer dans la lettre, elle ne tue pas toujours. Du reste l'esprit, ne l'a pas qui veut.

Désire-t-on maintenant connaître ce que nous laissons au marché en banque ? Il faut trouver pour lui des valeurs, des négociations n'appartenant pas aux agents de change. On peut se mouvoir à côté et près d'eux sans les gêner : s'il s'agit des valeurs monopolisées, les intermédiaires ne peuvent, à moins d'enfreindre la loi, faire sur elles que des opérations prévues ; devant les valeurs restées hors du privilège la liberté des négociations existe. En second lieu, concomitamment il faut dire : s'il s'agit des négociations prévues, les intermédiaires ne peuvent les faire porter que sur des valeurs non prévues ; devant des opérations échappant à l'article 76 le champ des valeurs n'est plus gardé.

La première proposition se complète par une interrogation : Quelles sont donc les valeurs que l'art. 76 C. com. n'atteint pas ? — Ce sont toutes celles qu'un texte déclare formellement non négociables, les titres non timbrés, par exemple, les actions non libérées du quart, les titres étrangers ne réunissant pas les conditions du décret du 6 février 1880. Il va sans dire que si des personnes peuvent se poser en intermédiaires et ne point s'attirer par là une poursuite de la part des agents de change, elles resteront souvent passibles d'une autre sanction. Ainsi

l'article 14 de la loi du 24 juillet 1867 pourrait s'appliquer (1).

Quant à la seconde proposition, elle concerne les négociations possibles; pas de contestation : une personne peut faire le courtage des effets publics ou privés susceptibles d'être cotés, jouer le rôle d'un trait d'union, mais l'entremise plus étroite, plus directe, plus active doit être respectée; il ne faut point acheter ou vendre en tant que commissionnaire ou mandataire s'obligeant personnellement les effets que nous venons de rappeler.

Plusieurs hypothèses, différents cas particuliers se présentent; il convient de les détailler successivement et de les résoudre.

Première question. — Le ministère des agents de change est-il obligatoire pour deux parties qui, se connaissant, sont disposées à passer ensemble un marché? Avec la réponse affirmative le monopole auquel nous avons assigné une grande portée serait, de plus, absolu avec toute la force du terme. L'extension ne deviendrait-elle pas une exagération?

On peut vendre et acheter soi-même des marchandises; les valeurs mobilières rentrent dans le mot et l'intervention forcée des agents de change, vraisemblablement injustifiable, ne s'imposera qu'autant que les textes l'exigeront. Une fois encore il faut les agiter. Le plus récent, l'article 76, scinde les effets et dans deux phrases consé-

(1) Art. 14 : « La négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des articles 1^{er}, 2 et 3 de la présente loi, ou pour lesquels le versement du quart n'aurait pas été effectué conformément à l'article 2 ci-dessus, est punie d'une amende de cinq cents à dix mille francs. — Sont punies de la même peine toute participation à ces négociations et toute publication de la valeur desdites actions.

cutives les présente comme n'ayant pas un sort commun : *effets publics et autres susceptibles d'être cotés* habitent une région à eux ; les négociations auxquelles ils donneront naissance tomberont toujours aux mains des agents de change seuls. A tort ou à raison ils interviennent ; les parties sont d'accord, s'entendent en tous points, peu importe ; elles demanderont à l'agent de change la consécration officielle. *Lettres de change, billets, papiers commerciaux* vivent à part, et les contrats que ces titres de crédit provoqueront se conçoivent fort bien, discutés et conclus entre les intéressés eux-mêmes. Dans le cas seul d'un tiers entrant en lice, d'un aide, d'un intermédiaire, apparaîtra l'agent de change. L'arrêté du 27 prairial an x corrobore ; son article 4 (1) défend à toute personne de s'immiscer dans les fonctions d'agent de change (ou de courtier) et n'exige aucune entremise forcée lorsqu'il envisage les effets de commerce : « il est néanmoins permis à tous particuliers de négocier entre eux et par eux-mêmes les lettres de change ou billets à leur ordre ou au porteur, et tous les effets de commerce qu'ils garantiront par leur endossement, et de vendre aussi par eux-mêmes leurs marchandises. » Il y a un courant, clairement accusé ; sa source date de 1724 et s'affirme en 1774, en 1785 (2). Divers articles, changeant peut-être de forme, convergent à une idée indiscutable : les valeurs mobilières autres que les effets de commerce, sont soumises à une règle-

(1) L'article 15 résout un cas particulier : les transferts d'inscriptions de rentes nominatives ne peuvent être faits sur le grand-livre qu'en présence d'un agent de change, qui certifie la signature et l'identité de l'aliénateur.

(2) Arrêt du Conseil d'Etat du 24 septembre 1724, art. 17. *Nouveau Manuel*, p. 76. — Arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1774, art. 2. *Nouveau Manuel*, p. 88. — Arrêt du Conseil d'Etat du 7 août 1785, art. 3. *Nouveau Manuel*, p. 97 ; nous avons donné cette mesure en raccourci dans notre p. 33.

mentation très rigoureuse ; on les a monopolisées étroitement.

Les partisans de ce premier système ne se mettent pas en frais d'arguments ingénieux ; la loi parle d'abondance. Nous reconnaissons que bien des mots frappent nos oreilles ; ils assoient une distinction avec une sorte d'acharnement. Est-elle rationnelle ? L'arrêt du Conseil d'Etat du 15 avril 1595 non-seulement ne la reconnaissait pas, mais il la répudiait (1) ; il ne contraind point les parties de se servir des courtiers de change et banque, si bon ne leur semble. Il faut croire que depuis Henri IV, on a modifié le privilège radicalement ; l'agent de change est devenu un intermédiaire d'office et ceux qui l'appellent le notaire de la Bourse emploient une figure très correcte. Les parties qui ont à vendre, à acheter des effets publics ou autres susceptibles d'être cotés entrèrent dans son étude. Cela nous paraît étrange. La fiscalité explique souvent les mesures législatives comme l'ambition amène les agissements de l'homme ; les arrêts du Conseil songeaient avant tout au prix de la charge, et la vente sera plus fructueuse, plus lucrative pour l'Etat si le monopole est plus étendu, s'il n'admet pas la concurrence des contractants eux-mêmes. La cupidité gouvernementale s'appelle successivement : art. 17 ; art. 2 ; art. 3, etc... elle peut être de tous les temps, mais n'est pas de toutes les lois, et lorsque le monopole fut réorganisé en l'an iv à Paris, en l'an ix dans toute la France, il eut manifestement pour bases, par les causes mêmes qui le réinstallaient, l'ordre public, l'intérêt général. Dans l'exposé des motifs le législateur déclare qu'en semblable matière le danger

(1) Voir notre p. 14.

git dans l'entremise déloyale, dans celle qui s'exerce sans surveillance et qui fuit le contrôle ; ne dit-il pas : « Toutes négociations faites par des intermédiaires sans qualité sont déclarées nulles. » Quand des personnes sont disposées à contracter directement, elles le peuvent ; que leurs propres démarches, le hasard, le courtage les aient rapprochées, on ne doit pas s'en inquiéter et la distinction entre les effets de commerce et les autres a perdu toute raison d'être. Le rédacteur s'est fait trop souvent copiste pour qu'on ne soit pas en droit, devant sa conduite évidente, de prendre le commentaire dans sa pensée manifestée par les travaux préparatoires et non sous sa plume indolente.

La jurisprudence s'est ralliée à cette dernière opinion sans provoquer la critique des auteurs.

Cette question vidée, nous passons à une seconde hypothèse.

Une personne achète et vend en grande quantité, d'une façon constante, des effets ; elle rejette, affirme-t-elle, tout rôle d'intermédiaire et fait ce qu'on pourrait appeler le commerce des valeurs (1). Un client se présente et demande à acheter, par exemple, trois mille francs de rentes 3 0/0, le commerçant les lui vend sans les avoir, se réservant de se les procurer à fin de livraison. Vient un autre individu priant de vendre quinze actions du canal de Suez, supposons, dont il cherche à se défaire ; notre commerçant se charge de l'opération, achète en son nom avec l'intention de revendre, et chaque jour des agissements analogues se reproduisent ; le coulissier — pourquoi lui éviter ce nom ? — vendra avant d'avoir acheté, achètera pour revendre. Il se déclarera énergiquement

(1) Voir C. com., art. 1 et 632.

marchand et prouvera que la définition juridique de l'intermédiaire ne lui est applicable en aucun sens; il laisse même de côté le courtage, libre, licite cependant.

Si quelque jurisconsulte sévère élève, devant cette attitude, des objections, il restera sans peur et, disséquant lui-même son rôle, il se dévoilera sans reproche. Il appellera la comparaison de sa conduite avec celle de l'agent de change; le parallèle ne s'articulera que par des différences. On sait que toute négociation portant sur des titres nominatifs amène des transferts; l'agent de change vendeur les fait transférer à son ordre, puis les transfère à l'agent de change acheteur qui, enfin, transfère à son client. Le secret étant de rigueur, dans la majorité des cas, on comprend aussi que le transfert à l'égard des agents de change, fictif, soit exempt du droit d'enregistrement. Il s'appelle transfert d'ordre. Précisément, il n'apparaîtra pas dans notre espèce; le client vendra au coulissier, puis celui-ci à une personne quelconque, à un autre coulissier peut-être qui, lui-même, ne conservera pas les titres. Autant de mutations, autant de transferts réels.

Les différences se suivent. Un agent de change fait-il faillite, la revendication (1) est possible pour le client qui, ayant acheté, pourra individualiser les titres par un bordereau — ordinairement — et qui établira ainsi son droit de propriété, droit dont il a joui au moment même où la détermination s'est produite (2); avec notre exemple, au contraire, c'est le coulissier qui devient le vendeur et les titres trouvés en ses mains ne sauraient être considérés

(1) Voir art. 574 et suiv. C. com. *De la revendication.*

(2) L'agent de change détient pour autrui.

comme appartenant — au sens juridique du mot — au client qui réclame. Il a payé imprudemment, il n'est point propriétaire. La tradition nécessaire n'a pas eu lieu.

On sait que l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 détermine (1) tous ceux qui peuvent être poursuivis, parce qu'ils restent tenus, dans les conditions qu'indique le texte, au paiement du montant de leurs actions pendant un délai de deux ans. Parmi eux figurent ceux qui ont possédé, or les agents de change n'ont jamais à tenir compte de ces prescriptions, le mandat les met à couvert. Le coulissier, lui, est incontestablement atteint par l'article 3; il ne peut se garantir qu'en changeant de rôle; il est entre deux écueils, car il échouerait sur le délit d'immixtion en se détournant du recours, onéreux peut-être.

Le coulissier s'appesantirait complaisamment sur ces différences capitales; il pourrait en indiquer quelques-unes encore et parlerait sans doute de ses rapports avec ses clients, rapports que ne régiraient pas les règles applicables aux agents de change.

L'interprète s'achemine vers le doute, se prend à hésiter : il lui paraît que toute personne payant patente peut prendre le commerce des titres. Quelles fautes ou quelles fraudes lui reprocherait-on? Les agents de change auront un peu à souffrir, ils verront leur marché se restreindre, mais d'une façon fort régulière. Nous devons nous prononcer. En fait, la conduite qui a été dépeinte ne se rencontre pas; les coulissiers se trahissent eux-mêmes par les formules ou par les clauses qu'ils emploient. On découvre facilement la manière dont ils ont agi, le mode

(1) Avec une obscurité proverbiale.

usité; ils s'immiscent à n'en pas douter. Et puis toutes précautions fussent-elles prises, ces banquiers voulussent-ils sincèrement se conduire en commerçants, ils n'y parviendraient pas. Suivant les cas, le coulissier était vendeur ou acheteur; toujours une vente devait être conclue. Voilà le nœud de la question. Un contrat suppose le consentement des parties; les volontés sont d'accord, se rencontrent, se pénètrent sur un même point; il le faut absolument. Dans notre espèce, le client cherchait un intermédiaire vraisemblablement (1); le contrat intervenu n'est pas une vente (2). Les articles 1582 et suivants du Code civil n'auront que faire ici, ils céderont la place à l'article 76 du Code de commerce, à la loi de ventôse an ix, à l'arrêté de prairial an x. Cette substitution n'est point prohibée et le coulissier pourra en souffrir.

Examinons une autre hypothèse de détail, celle de l'*application*, en la présentant sous sa forme classique. Nous sommes en province : un banquier reçoit la visite de Primus qui lui donne l'ordre d'acheter, par exemple, cinquante actions de la compagnie P.-L.-M. Secundus, précisément, a exprimé le désir inverse, pour ainsi dire, celui de vendre cinquante actions de la même société. Le banquier trouve la coïncidence heureuse; tenté de simplifier, de bénéficier aussi peut-être, il fait les opérations lui-même et *applique* à Primus les actions de Secundus. *Quid juris* ? Le monopole est violé; le cas d'immixtion ne saurait faire doute (3).

Un autre cas est celui de l'arbitrage fictif. Les condi-

(1) La question de fait se poserait chaque fois.

(2) Un mandat avait été donné au coulissier, celui de vendre ou d'acheter en Bourse : il n'a pas eu sa réalisation.

(3) Voir Cass. 19 janvier 1860, S. 60, I, 481. Cass. 3 avril 1868, S. 68, I, 190.

tions précédentes sont modifiées; après l'ordre donné par Primus, se présente Secundus qui veut vendre, supposons-nous, cinq mille francs de rente 3 %. Le banquier n'a plus la pensée d'appliquer, mais une autre manœuvre séduisante encore se présente à lui, celle de l'arbitrage. On entend par ce mot une opération consistant à vendre une valeur de bourse dans le but d'en acheter une autre (1), le banquier se déclare titulaire des deux opérations. Il les réunit dans un même bordereau et entraîne l'arbitrage jusqu'à concurrence d'une certaine somme, sinon pour le tout. Une faveur en résulte, car, dans cette combinaison, un seul droit de courtage sera calculé sur le titre le plus élevé. On se rend compte d'une possibilité de bénéfices très considérables à l'avantage du banquier qui, ayant uni sous son nom plusieurs ventes et achats, ne fait pas profiter ses clients de l'amoindrissement des droits de courtage. Cependant cet artifice respecte le privilège des agents de change; on ne peut incriminer en lui que l'indélicatesse préjudiciable à ces intermédiaires; ils subissent un dommage qui ne provient pas de l'immixtion. Les parties, elles, auraient mauvaise grâce à se plaindre; les frais payés représentent exactement ceux qu'entraînaient les opérations faites successivement au nom de chacune (2).

Un conflit entre banquiers et agents de change provinciaux attire aussi notre attention. Ceux-là reçoivent des

(1) Mentionnons un autre arbitrage, celui qui s'exerce en matière de change : il consiste à acheter des effets de commerce, du papier, selon le langage usuel, sur une place où ils sont à bon marché pour les revendre sur une autre où ils ont un cours plus élevé. Cette opération rentre dans le domaine de l'économie politique.

(2) Voir Cass. 3 avril 1868, S. 69, I, 142. On avait relevé ce fait que le banquier réunissait plusieurs ordres dans un seul bordereau; la Cour de cassation n'a trouvé à cette particularité aucune importance au point de vue de l'immixtion.

ordres de bourse pour les faire exécuter à Paris; ils accèdent à ces demandes et procurent les bénéfices aux agents de change de la capitale au détriment, ou du moins à l'exclusion de ceux qui partagent leur résidence. Cette pratique est-elle vicieuse? En aucun point (1); et la Cour de cassation a décidé ainsi fort justement. Nous citons volontiers quelques lignes du judicieux rapport de M. le conseiller Barbier : « Il faut bien reconnaître que ce que les demandeurs en cassation reprochent aux défendeurs, ce n'est pas de s'être passés du ministère de l'agent de change, c'est de s'être passés de leur ministère à eux, agents de change établis à Colmar... Peut-on dénier aux clients de Colmar le droit de s'adresser directement aux agents de change de Paris ou d'une autre place? Il est de toute évidence qu'on ne peut pas le leur dénier sérieusement. Eh bien! pourquoi ne le feraient-ils pas indirectement par mandataire (2)? »

La sixième hypothèse ramène encore le spectacle d'une lutte. Agents de change et notaires, tels les belligérants. Les notaires soutiennent que le monopole n'existe point lorsqu'il s'agit d'une vente judiciaire d'effets publics appartenant à une succession, soit bénéficiaire, soit vacante, à des mineurs ou autres incapables. Ces ventes faites aux enchères passeront régulièrement dans les études de notaires. Le débat, longtemps à l'état latent, éclate en 1851 : le tribunal de la Seine ordonna la vente devant notaires de diverses valeurs dépendant de successions bénéficiaires (3). Le syndic des agents de change intervint

(1) Voir Cass. 3 avril 1868, D. 68, I, 365.

(2) Voir *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières*, par A. Buchère, n° 1209.

(3) Lire art. 805, al. 4, Code civil.

par voie de tierce opposition, et trois arrêts successifs de la Cour de Paris consacrèrent le privilège exclusif des agents de change. Il y eut pourvoi. La Cour de cassation déclara alors que les tribunaux avaient, dans ce cas, le droit de désigner, suivant les circonstances, les officiers ministériels qui seraient chargés de la vente (1).

L'atteinte portée au monopole est sérieuse ; pour la justifier on soutient que l'art. 76 C. com. n'a pas prévu le cas. Nous ne sommes pas en présence de *négociations*, c'est-à-dire de ventes amiables et non forcées ; le privilège est de droit étroit, celui-ci surtout qui se traduit par un monopole. On doit veiller à ne pas faciliter son extension. On ajoute : la loi parle de ventes aux enchères avec affiches et publications ; ces formalités sont impossibles en Bourse et le renvoi devant un notaire commis assure seul le respect des prescriptions légales. L'opinion ne s'enferme pas dans le cercle étroit de l'intolérance, puisqu'elle accorde, fait-on remarquer, aux tribunaux le droit de confier la vente à un agent de change.

La Cour de cassation a posé les vrais principes, jugent certains auteurs (2) auxquels nous ne consentirons pas à nous rallier. Moins que tous autres nous ne saurions approuver cette doctrine, car, fixant l'étendue du monopole dans des pages précédentes, nous l'avons déclaré illimité pour ainsi dire : les atteintes les plus dissimulées nous paraissent irrégulières. Le législateur de 1807 a réservé aux agents de change toutes les négociations sur les effets

(1) Voir Cass. 7 décembre 1853, D. 54, I, 128.

(2) Voir A. Buchère, ouvrage cité, nos 1205 et suiv. Voir aussi du même : *Traité théorique et pratique des opérations de la Bourse*, nos 101 et suiv.

publics et privés ; l'ingérence du notaire n'a pas plus notre assentiment que celle du coulissier.

Mais, nous répétera-t-on, vous statuez ainsi, croyant avoir sous les yeux des *négociations* ; point du tout. C'est une nature de vente toute spéciale sur laquelle il faut vous prononcer. — Cette nature toute spéciale de vente, nous ne la reconnaissons pas ; il faudrait invoquer le plus grand des poètes comiques pour soutenir qu'il y a vente et vente. L'article 76 englobe dans un mot toutes les transactions auxquelles donnent lieu les effets et qui se ramènent à des achats et à des ventes ; elles se groupent sous les noms d'opération, de marché, de négociation. C'est précisément ce dernier mot qui est tombé sous les doigts du rédacteur. Du reste, sans enchères, il reste possible d'obtenir les garanties équivalentes. L'article 93 C. com., modifié par la loi du 23 mai 1863, ne donne-t-il pas aux agents de change seuls le droit de procéder à la vente des valeurs mobilières dans le cas de réalisation ! Le règlement des agents de change porte lui-même (titre II, chapitre II) une section troisième avec la rubrique : *Des négociations judiciaires ou forcées*, dans laquelle sont édictées des formalités d'affichages qui peuvent faire une concurrence heureuse aux formalités analogues du Code de procédure civile (1).

Aujourd'hui la question est formellement tranchée en ce qui concerne les incapables par l'article 3 de la loi du 27 février 1880. Cet article supprime toute difficulté en parlant des valeurs négociables à la Bourse, et nous avons fait connaître l'interprétation que comporte ce texte

(1) Voir Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. I, n° 1484, en notre sens.

en l'arrachant à nos adversaires dont il faisait le bonheur.

Une fois de plus, à propos de cette sixième hypothèse, nous affirmons que le monopole n'est pas susceptible d'être entamé avec les lois actuelles ; il est immense. L'œil inquiet cherche ses bornes qui disparaissent à l'horizon ; il ne faut pas espérer le tourner, mais se résoudre à le respecter quelle qu'en soit l'étendue.

Avant de rompre avec notre hypothèse, blâmons encore une pratique irrégulière : il est d'usage de vendre par-devant notaires la nue-propriété ou l'usufruit des valeurs mobilières (1) ; la coutume confine à l'abus. L'article 76 C. com. ne fait aucune distinction qui puisse légitimer semblable conduite.

Continuons notre œuvre de bornage ; après avoir montré en quoi peut consister un fait d'entremise, il convient de se demander si certaines circonstances ambiantes ne pourraient enlever le caractère délictueux d'une immixtion. Le curieux procès de 1859-1860 dictera ces particularités ; elles s'étaient, dans l'occurrence, transformées en moyens de défense.

1^o Les opérations faites journellement à la Bourse par la coulisse sont tolérées par l'autorité administrative. Cette phrase passa souvent sur les lèvres des prévenus, en premier ressort, devant le tribunal de police correctionnelle. « Il y a environ deux ans, le préfet de police nous a fait appeler chez lui, disait l'un d'eux, en nous recommandant de ne pas négocier des valeurs étrangères, et au besoin nous faisant injonction de ne pas les négo-

(1) On a dû s'apercevoir que nous employons ces derniers mots en excluant de leur portée les créances civiles.

cier, attendu qu'elles faisaient concurrence à la rente, au crédit de l'Etat; mais nous disant pour toutes les valeurs qui n'étaient pas interdites que nous pouvions continuer à faire comme par le passé. Je savais très bien et je ne pouvais pas en douter à mon âge, que je faisais un métier que la loi ne reconnaît pas, les marchés à terme; mais je me suis cru autorisé à agir de cette façon-là, parce que l'autorité me protégeait ou que je me croyais protégé par elle (1). »

Un co-prévenu dit aussi : « Ce que j'ai fait, je l'ai fait devant le commissaire de police. » Une déclaration catégorique encore : « Ayant entendu dire qu'on poursuivait peut-être les coulissiers, j'ai consulté plusieurs fois le préfet de police, le ministre des finances et un conseiller d'Etat (2)... J'ai consulté aussi mon frère, qui est à la Cour des comptes, et tous ces messieurs m'ont répondu que l'affaire ne serait pas suivie. Ces réponses m'ont autorisé à continuer de venir à la Bourse. Et puis j'y ai trouvé quasi des protections; j'y ai vu le commissaire de police, quand nous avions à faire nos paiements, mettre derrière nous des gardes. Je n'ai pas cru commettre un délit en faisant des opérations que trois préfets de police et un ministre des finances m'avaient encouragé à faire. M. le préfet de police lui-même nous a convoqués comme un corps constitué, et il a reconnu que nos souscriptions dépassaient de beaucoup celles des agents de change. »

Aujourd'hui l'autorité administrative ferme encore les yeux ou plutôt les ouvre en souriant de connivence; on ne

(1) Voir la *Compagnie des agents de change de Paris contre les coulissiers*, par J. Sabbatier, p. 17.

(2) Notre impartialité nous fait un devoir de signaler que cette déposition fut entrecoupée par les sanglots de son auteur.

doit pas en induire un bill d'indemnité, et M^e Dufaure, l'éminent avocat, choisi par la compagnie des agents de change de Paris, a su réfuter cette objection. La tolérance, nous le croyons à notre tour, ne peut s'ériger en droit ; l'acte illégal ne perd pas son caractère. Qu'elle devienne une circonstance atténuante, soit ; mais une excuse légitime, jamais. Un acte contraire au droit, parce qu'il est toléré, ne devient pas licite *ipso facto*, et l'on ne comprendrait point qu'un tribunal appelé à se prononcer donnât sa consécration en vertu d'un tel précédent.

Le merveilleux orateur remarque fort à propos que les coulissiers, férés de l'autorité administrative, se tournaient exclusivement vers elle avec une obstination regrettable. « D'ailleurs les prévenus n'auraient pas dû seulement consulter la tolérance de l'autorité administrative, il y a d'autres interprètes de la loi dont ils auraient dû consulter et respecter les décisions. Ces interprètes de la loi, c'est vous, messieurs, et, toutes les fois que vous avez été interrogés, vous n'avez jamais permis le doute sur le caractère punissable de cette immixtion : des poursuites ont été dirigées à différentes époques pour usurpations des fonctions de notaire, de courtier, d'agent de change, vous n'avez jamais hésité à réprimer ces usurpations. »

Bref, il sera admis que l'usurpation n'est pas couverte par le fait que nous avons relevé, et cela sans peine.

2^o On a dit et l'on voudrait rééditer la proposition : les agents de change ont des relations d'affaires avec les coulissiers et ne peuvent les poursuivre. Ces accointances prouvées en 1859 ne seraient peut-être pas difficiles à établir à notre époque et nous désirons rechercher quelles conséquences en découlent. Souvent un coulissier priera un agent de change de lui acheter, par exemple, une cer-

tainé quotité de rente, celui-ci exécutera l'ordre avec plaisir et sans encourir aucun reproche ; mais les relations, paraît-il, auraient lieu en sens contraire ! L'agent de change donne des ordres de Bourse au coulissier ; par lui il achète ou vend. La mission est curieuse. Se représente-t-on un notaire procurant des actes à un agent d'affaires qui le parodie ! un avoué favorisant la postulation illicite ! L'agent de change, il est vrai, ne tient pas une conduite aussi saugrenue que celle que nous supposons à ces deux autres privilégiés. Nous en voulons pour preuve la réponse faite en 1859 : « Mes clients me demandaient un certain nombre de valeurs, je me suis adressé où était le marché. Le marché était passé aux mains des coulissiers, j'ai demandé aux coulissiers d'acheter pour mon compte. » L'état de choses n'a pas changé ; aujourd'hui, en maintes circonstances, le marché peut être déplacé et les agents de change frapperont à la porte de leurs rivaux. Il y a urgence de réédifier le monopole — en supposant qu'il ait son utilité — on ne saurait en disconvenir, en songeant que les agents de change, pour atteindre leur but, demanderont parfois, comme malgré eux, le secours des banquiers, imploreront leur assistance. Les maîtres du marché — en théorie — s'inclinent — en pratique — devant les coulissiers et passent sous leurs fourches.

L'immixtion n'en est que plus plausible, plus flagrante ; l'agent officiel le démontrerait facilement et sa conduite ne peut rien ratifier. Supposons un individu dépouillé par un autre ; d'une clémence exagérée, il hésite à le poursuivre et demande une restitution sous le couvert d'une aumône ; perdrait-il son droit de poursuite ? *Mutatis mutandis*, en n'exigeant de cette comparaison que ce qu'elle peut raisonnablement produire, il ne faut point

parler ici de renonciation à des droits ; pas davantage rappeler le brocard : *Volenti non fit injuria*. La matière est d'ordre public ; la volonté ne peut mordre sur un texte de cette nature. Jamais on ne sera en droit de dire : l'agent de change a couvert, ratifié, acquiescé. Il s'est incliné seulement parce qu'il y était contraint. Singulière forme de l'approbation !

3^e L'immixtion a porté sur des opérations qui, interdites aux agents de change, sont dans le domaine public ; ce n'est plus de l'usurpation (1). — Ce langage pose un principe auquel inévitablement, semble-t-il, on doit se ranger. A coup sûr ; mais alors il importe de connaître les opérations interdites aux agents de change. Nouveau point de vue ! Jusqu'à maintenant nous signalions principalement tous les marchés qui leur revenaient exclusivement et qu'ils revendiquaient sans trop de jalousie, en plus d'un cas. On a vu que certains textes législatifs éloignaient de la Bourse des valeurs qu'ils désignaient ; les coulissiers ont beau jeu et cette fois nargueront encore les agents de change. Pas d'immixtion ! ce qui ne peut se traduire : Pas de poursuite ! La loi parlera elle-même. S'agit-il, par exemple, de négociations d'actions dont la valeur ou la forme est contraire aux dispositions de la loi du 24 juillet 1867, c'est l'amende qui menacera.

Avant l'intervention du législateur en matière de marchés à terme, l'art. 421 du Code pénal, renvoyant à l'art. 419, édictait contre certains jeux de bourse des pénalités dont il eût été prudent de tenir compte. Depuis la révolution qu'a réalisée la loi du 28 mars 1885, les

(1) Ce moyen de défense a pour nous un intérêt minime ; il se trouve forcément étudié précédemment.

marchés à terme sont validés et les coulissiers perdent un argument capital. Ils se livraient à ceux-là seuls, avaient-ils soutenu en 1859 ; le reproche d'immixtion leur semblait étrange. La Cour de cassation avait répondu en distinguant : lorsque le marché à terme par sa nature représente une opération sérieuse, le juge le validera ; s'il y a, au contraire, marché fictif, pari, le marché sera déclaré nul ; or dans l'instance pendante on trouvait les coulissiers mêlés à des opérations à terme sincères. A cette époque l'opinion adoptée par nous sur ces marchés nous eût séparé de la Cour suprême : nous n'aurions pu entrer dans ses vues.

Annonçons enfin que si le coulissier, plein de respect à l'endroit du monopole, s'empare de valeurs interdites aux agents officiels ou s'entremet dans des négociations prohibées, outre les pénalités spécialement prévues, aboutira à l'inexistence de ses opérations. C'est une sanction civile importante.

4^o Ce n'est pas un droit de courtage qui est perçu, mais une commission. — L'interrogatoire des prévenus (1) articulait sans cesse une phrase dont la répétition semblait révéler l'importance : « Je spéculé pour moi-même et pour le compte de quelques commettants et je perçois des commissions. » On espérait beaucoup de cette terminologie affectée ; c'était la phrase porte-bonheur. Bien à tort, car le fond seul importe : le coulissier demande-t-il une rétribution sur le capital avancé, exactement proportionnelle à ce capital, à l'instar du banquier ? Nullement ; il se guide sur l'agent de change, imite son mode de perception et n'en modifie que la quotité. Ce point acquis, le

(1) En 1859-1860.

mot ne fait rien à la chose : commission, courtage, ou même une expression nouvelle dérivant ingénieusement de *coulisse*, peu importe ; mais nous ferons remarquer que la préférence des prévenus pour la *commission* n'avait que des raisons d'être superficielles, et des textes inconnus d'eux leur auraient dicté un tout autre langage. Les actes qui, comme l'arrêté du 3 messidor an ix, règlent à la fois les droits des agents de change et des courtiers, attribuent une commission aux premiers, un courtage aux seconds. Les locutions, ainsi fixées, reparaissent le 26 messidor de la même année, dans une : Délibération du tribunal de commerce du département de la Seine, portant tarif sur lequel les droits de commission et de courtage des agents de change et des courtiers de commerce doivent être perçus dans la ville de Paris.

Nous en avons fini avec les particularités annoncées ; elles n'ont pas modifié les propositions établies avant leur examen et la pierre de touche que nous avons présentée donnera toujours des indications précises. Les moindres traces d'immixtion seront révélées.

L'intermédiaire irrégulier cultive le champ d'autrui. Quels fruits récoltera-t-il ? Le chapitre III nous les servira.

CHAPITRE III.

DES SANCTIONS DU MONOPOLE DES AGENTS DE CHANGE

Le plus violé de tous les monopoles, c'est celui des agents de change. Voilà une proposition attristante peut-être, mais dont la vérité s'impose, et l'on serait tenté de croire, devant les faits qui la proclament, que les sanctions ont été omises et que la loi, *imperfecta*, demande son complément indispensable. Profonde erreur ! Les sanctions abondent : la loi pénale en apporte, la loi civile en fournit. Deux ordres d'idées distinctes, deux parties séparées :

SECTION I. *Sanctions pénales.*

SECTION II. *Sanctions civiles.*

SECTION I.

SANCTIONS PÉNALES DU MONOPOLE DES AGENTS DE CHANGE.

SOMMAIRE. — L'immixtion constitue un délit. Amende ; elle résulte de la loi du 28 ventôse an ix. Le chiffre du sixième se calcule-t-il sur le cautionnement actuel ? Le coulissier est-il seul atteint ? L'article 6 de l'arrêté du 27 prairial an x donne la réponse. Que dictent les principes généraux de la complicité ? L'exclusion de la Bourse et, en cas de récidive, l'incapacité de devenir agent de change représentent également des peines en vertu de l'article 5 du susdit arrêté.

L'immixtion constitue un délit. L'article 4 de l'arrêté du 27 prairial an x rappelle deux textes précédents : « Il est défendu, sous les peines portées par les articles 13 de l'arrêt du Conseil du 26 novembre 1781 et 8 de la loi du 28 ventôse an ix... » Ce rapprochement inutile n'est pas heureux ; d'une part, trois mille livres d'amendes (en cas de récidive, punition corporelle) (1), c'est l'article 13 qui parle ; d'autre part, une amende qui se meut entre un minimum d'un douzième et un maximum d'un sixième du cautionnement. Les deux peines se cumulent-elles ? Nous ne le croyons pas, et l'addition ne compte que des partisans fort rares ; il nous semble que devant un délit connu, déterminé, prévu déjà, une peine nouvelle surgissant, celle qui la précède lui donne le pas et ne peut raisonnablement prétendre marcher de pair. En matière pénale, l'interprétation la plus étroite enserme l'interprète ;

(1) La peine corporelle ne peut faire question, elle répond à un type disparu dans la législation moderne.

le texte n'indique point du tout une sévérité législative demandant qu'il y eût condamnation simultanée à deux amendes.

Donc c'est la loi de l'an ix qui nous guide; elle appelle le juge à un calcul très simple. Cependant il faut insister : l'article 9 fait connaître les cautionnements exigibles : « il ne pourra excéder, pour les agents de change (1), la somme de soixante mille francs, ni être moindre de six mille francs en numéraire. » Plus tard, la loi du 28 avril 1816, sur les finances, intervient; article 90 : « Il sera fait, par le gouvernement, une nouvelle fixation des cautionnements des agents de change et courtiers de commerce : cet état sera réglé sur la population et le commerce des lieux où résident lesdits agents de change et courtiers, et portera les cautionnements au minimum de 4,000 francs et au maximum de 125,000 francs (2). » En troisième lieu, le décret du 1^{er} octobre 1862, en exécution de la loi du deux juillet, fixe le cautionnement pour les principales villes, en l'augmentant (3). A Paris, il est porté de 125,000 francs à 250,000; à Lyon, de 15,000 francs à 40,000; à Marseille et Bordeaux, de 15,000 francs à 30,000, etc.

La difficulté s'annonce : l'amende est une fraction du cautionnement; au moment de faire la division, quel dividende prendra-t-on? Evidemment il ne sera pas tenu compte de la loi de 1816, à notre époque; nous l'avons

(1) Cette loi a trait, on doit le savoir, aux courtiers comme aux agents de change.

(2) Le maximum a été appliqué aux agents de change de Paris. — Voir l'ordonnance du 9 janvier 1818.

(3) Voir Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. I, p. 830, note 1.

citée parce qu'elle fournissait avant 1862 un chiffre qui devait servir, d'après quelques-uns, de base à l'amende. Oui, quel dividende? La jurisprudence et plusieurs auteurs s'emparent du chiffre nouveau; les fonctions d'agents de change ayant pris de l'importance, l'immixtion procure de plus grands profits en même temps qu'elle cause des préjudices plus sensibles; il est donc rationnel et logique que le taux de l'amende se trouve élevé. D'ailleurs l'article 8 de la loi de ventôse ne renvoie pas à celui qui le suit; il pose un principe et prévoit, virtuellement, des modifications ultérieures (1).

Nous ne consentons pas à nous approprier cette opinion. Les articles 8 et 9 sont unis, liés, enchaînés l'un à l'autre; le minimum et le maximum dont parle le premier doivent être cherchés absolument dans le second. La solution opposée autorise à Paris, par exemple, une amende qui dépasse 40,000 francs sans préjudice des autres sanctions; cette rigueur est à repousser. On ne peut induire une aggravation de peine, il faut qu'elle soit consacrée par un texte formel; tout au contraire, elle est prise dans une loi faite, à coup sûr, sans arrière-pensée de police correctionnelle. Le droit criminel n'a pas à s'émouvoir du droit privé, et la théorie soutenue par nos adversaires heurte de front la base du calcul des peines : on les proportionne à l'immoralité du délit; or l'immixtion ne peut avoir pris un nouveau caractère de gravité. Ce serait plutôt le contraire : on va toujours répétant que les valeurs mobilières sont en telle proportion que les agents de change ne peuvent toutes les embrasser. L'on ne saurait objecter, sans rendre facile une réponse significative, que par l'augmen-

(1) Voir Cass. 28 août 1857, S. 57, I, 879. Cass. 19 janvier 1860, S. 60, I, 481.

tation du cautionnement, les obligations des titulaires ont augmenté, et qu'il faut, en justice, forcer le montant de l'amende. — Les dommages et intérêts rempliront facilement le but; ils n'obéissent pas à des barrières mathématiques et se calculent, comme leur nom l'indique, proportionnellement aux préjudices éprouvés; ils tombent dans la caisse commune. Les agents de change, sans en jouir d'une façon immédiate, en profitent toujours plus directement que de l'amende allant à l'Etat (1).

Le couliissier n'est pas seul atteint. Lisons l'article 6 de l'arrêté du 27 prairial an x : « Il est défendu, sous les peines portées contre ceux qui s'immiscent dans les négociations sans être agents de change (ou courtiers) à tout banquier, négociant ou marchand, de confier ses négociations, ventes ou achats, et de payer des droits de commission (ou de courtage) à d'autres qu'aux agents de change (et aux courtiers). » En résumé, les banquiers et négociants doivent être frappés; quant aux non-commerçants, ils sont laissés en repos par l'arrêté de prairial. Reste à savoir si les principes généraux de la complicité les menacent; nous répondons négativement, mais nous n'avons point l'intention, pour justifier l'allégation, de présenter un exposé de la complicité; elle fait l'objet des études criminalistes (2). Les divers cas de complicité sont énumérés par les articles 60, 61, 62 du Code pénal dont les dispositions essentiellement limitatives ne contiennent pas l'hypothèse qui nous préoccupe. L'article 60, qui prévoit la

(1) Voir, en ce sens, Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. I, n° 1485.

(2) Voir *Leçons de droit criminel*, par Boitard et Faustin Hélie, p. 158 et suiv.

complicité réelle, soit dans la préparation, soit dans l'exécution, débute ainsi : « Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui, par dons, promesses.. , auront provoqué à cette action, ou donné des instructions pour la commettre. » On ne saurait parler sérieusement des dons et promesses du client, prétendu complice du coulissier. La cause est entendue. Notons que les « banquiers, négociants ou marchands » ne se voient jamais appliquer l'article 6 de prairial.

Deux autres peines sanctionnent l'immixtion : l'exclusion de la Bourse et, en cas de récidive, l'incapacité de devenir agent de change ; l'article 5 du même arrêté les établit.

L'article 463 du Code pénal n'est point de mise, car le système des circonstances atténuantes ne saurait s'appliquer aux infractions — correctionnelles — prévues par des lois spéciales, à moins d'une disposition expresse.

Enfin, — dernière remarque, — la contrainte par corps étant « maintenue en matière criminelle, *correctionnelle* et de simple police, » pourra être employée au sujet de la sanction principale que nous abandonnons.

SECTION II.

SANCTIONS CIVILES DU MONOPOLE DES AGENTS DE CHANGE.

Nous en trouvons deux, mais d'importance très inégale. La plus modeste aura elle-même les honneurs d'un paragraphe; elle ouvrira la marche, destinée à attirer l'attention qui se concentrera utilement sur la seconde.

§ I. — Des dommages-intérêts.

Les principes généraux réclament cette sanction (1), et les intermédiaires irréguliers pourront être actionnés par le syndic des agents de change se présentant au nom de la compagnie. On ne comprendrait pas qu'un membre isolé fit valoir l'action; il aurait mauvaise grâce d'ailleurs à prouver que c'est par lui uniquement que le dommage est subi.

L'indemnité se règle sur le gain dont les agents ont été privés et la somme d'argent donnée en réparation doit suffire à réparer le préjudice causé; si donc les négociations illicites portaient sur des valeurs que les agents officiels dédaignent ou négligent, cette sanction n'aurait plus d'application. Peu importe, en ce cas, la portée donnée à l'article 76 sur l'extension des valeurs qu'il envisage;

(1) On est surpris d'entendre l'art. 87, dans des hypothèses aussi indiscutables, conclure ainsi : « ... sans préjudice de l'action des parties en dommages et intérêts. » C. com.

avant de fixer les dommages et intérêts, il est opportun de s'inquiéter de l'existence d'un dommage.

Conformément au Code d'instruction criminelle, l'action publique, animée par le délit d'immixtion, tombe devant une prescription de trois ans, et l'action civile par laquelle les dommages-intérêts seraient réclamés ne lui survit pas (1).

§ II. — De l'inexistence.

SOMMAIRE. — Textes établissant la nullité. Les articles 7 de la loi du 28 ventôse an ix et 76 du Code de commerce ne renferment-ils pas une nullité virtuelle ? M. Bailly répond affirmativement. La sanction civile de la nullité est niée. Les opérations de coulisse n'ont pas les éléments nécessaires à l'existence des contrats ; selon nous, elles sont inexistantes. Examen des rapports du client mandant et du coullissier mandataire. Le Code civil est invoqué. L'opinion de Pothier est rappelée à tort. Ici encore, inexistence. Question de preuve. Quel caractère infligent à la nullité ceux qui la reconnaissent. Nullité absolue. Des décisions judiciaires semblent sanctionner des conséquences d'une nullité relative. L'application de la doctrine de l'inexistence que nous réclamons pourrait rationnellement convertir à la sanction civile les auteurs qui n'ont pas reconnu la nullité dans les textes. Effets des opérations de coulisse. Le contrat n'a reçu aucune exécution. Le contrat est exécuté ; *quid* de la répétition ? Elle est admise par des auteurs au nom des principes généraux et rejetée par la Cour de cassation en vertu de l'article 48 de l'arrêt du 24 septembre 1724. Nous la refusons en donnant, croyons-nous, aux principes généraux leur véritable portée.

I.

Nullité absolue, aime-t-on à répéter. Le terme que nous employons répand une sorte de terreur ; on le dissimule sous des périphrases, on le présente derrière un voile tout en l'adoptant implicitement, par les conséquences tirées de la nullité absolue, par les motifs, aussi, chargés de la justifier. C'est un substantif-épouvantail ; les adjectifs qui

(1) Voir art. 638, Code d'Inst. crim.

en dérivent sont usités (1). Par suite, nous ne croyons pas établir une modification de grande portée en contrariant la langue courante, mais nous considérons comme utile de ne pas perpétuer une faute de terminologie.

Au début, abstraction faite de notre prédilection, nous allons rechercher, ainsi que d'autres l'ont pris à tâche, si l'on peut sagement parler d'une nullité imposée par des textes, d'une nullité sans épithète. Elle frapperait la négociation, le mandat donné par le client au coulissier et, en certaine occurrence, la société ayant pour but l'entremise prohibée.

On a surtout contesté la nullité de l'opération, origine des autres. Existe-t-elle ? Si oui, quel est son caractère ? D'abord elle semble fort rationnelle ; la loi, sanctionnant le monopole de la seule façon que nous avons relatée précédemment, aurait tenu une conduite imprudente : la nullité des négociations a le don d'effrayer vivement ; on n'aime pas voir planer sur sa tête cette sanction de Damoclès et les plus cupides hésiteront, eux que des poursuites correctionnelles retiendraient peu (2).

D'ailleurs, outre cette utilité indiscutable, on aurait peine à comprendre comment le législateur réserve à une corporation certaines opérations sans vouloir, *ipso facto*,

(1) Nous relevons un considérant plus énergique que ses similaires dans un arrêt de la cour d'Orléans du 1^{er} mars 1884. « Mais considérant, d'une part, que la nullité tirée de l'article 76 du Code de commerce étant d'ordre public, et la négociation par Lévy des rentes russes étant considérée comme non existante... » V. *Journal des valeurs mobilières*, année 1884, p. 453.

(2) « Au point où en sont arrivées les choses, la nullité des négociations, c'est la vraie, nous dirions presque la seule sanction de l'art. 76 du Code de commerce. — La poursuite correctionnelle, quand elle menace tant de monde, n'atteint pour ainsi dire plus personne, tandis que la nullité des négociations peut, à un instant donné, atteindre tout le monde ; en tous cas, elle peut donner à réfléchir à beaucoup. » V. Crépon, *de la Négociation des effets publics et autres*, p. 28.

déclarer nulles celles qu'auront conclues des personnages écartés, et la pensée d'une nullité virtuelle se présenterait à l'esprit pour le cas où des textes ne prononceraient pas la nullité expresse.

Des documents, on en rencontre. L'arrêté du Conseil du 24 septembre 1724 disait (art. 18) : « Toutes négociations de papiers commercables et effets, faites sans le ministère d'un agent de change, seront déclarées nulles en cas de contestation; faisant Sa Majesté deffense à tous huissiers et sergents de donner aucune assignation sur icelles à peine d'interdiction et de trois cents livres d'amende, et à tous juges de prononcer aucun jugement à peine de nullité desdits jugements (1). » L'article 13 de l'arrêté du 26 novembre répétait : « Fait Sa Majesté défenses à toutes personnes autres que les agents de change, de s'immiscer dans les négociations d'effets royaux et papiers commercables, comme aussi de prendre la qualité d'agent ou courtier de change, d'avoir et tenir dans la Bourse aucuns carnets pour y inscrire les cours des effets et de rester à la Bourse après le son de la cloche qui en indique la sortie; à peine, pour l'une ou l'autre de ces contraventions, de nullité des négociations, de trois mille livres d'amende et, en cas de récidive, de punition corporelle. »

La loi du 28 ventôse an ix veut ressusciter l'ancienne législation mise à néant par les événements notés dans nos développements historiques et sur lesquels nous glissons. Écoutons l'article 7 : « Les agents de change et courtiers qui seront nommés en vertu de l'article précé-

(1) « Faisant Sa Majesté.... » Cette phrase, toute surrogatoire et explétive, sera dotée d'une grande initiative par la Cour de cassation.

dent, auront seuls le droit d'en exercer la profession, de constater le cours du change, celui des effets publics, marchandises, matières d'or et d'argent, et de justifier devant les tribunaux ou arbitres, la vérité et le taux des négociations, ventes et achats. » Nullité virtuelle, avancera-t-on.

L'article suivant rétablit une sanction pénale; et l'article 11 annonce un règlement qui — fait étrange ! — fut rendu quelques mois après, en prairial an x. Grâce à un renvoi (1), l'interprète est amplement guidé, et la nullité ressort de l'article 4 du règlement escortée de la sanction pénale; néanmoins la redondance — pléonasme des jurisconsultes, et pléonasme parfois dangereux, — conduit l'auteur du règlement de l'an x à réveiller l'article 7 de la loi de ventôse (an ix), car il prescrit dans un article portant par coïncidence le même numéro : « Conformément à l'article 7 de la loi du 28 ventôse an ix, toutes négociations faites par des intermédiaires sans qualité, sont déclarées nulles. »

L'article 76 C. com. marche le dernier et rappelle, dans son allure, l'article 7 de ventôse.

Si les textes constituent pour l'interprète une des formes de la richesse, nous sommes certainement en présence d'une abondance de biens, mais il n'est pas sûr qu'elle ne nuise pas. Le désaccord règne parmi les commentateurs. Les uns réunis sur la solution finale en font varier la base et le nom (2); les autres ne sont pas con-

(1) L'article 4 de prairial revivifie l'article 13 d'un arrêt de 1781 qui, se préoccupant de l'immixtion, déclare qu'elle se produit sous peine de nullité.

(2) « Il y a nullité », voilà le cri de ralliement; mais virtuelle, dit un parti; expresse, répond l'autre. L'objet du contrat est illicite, énoncent les uns; point du tout, c'est la cause qui revêt ce caractère, objectent les autres.

vaincus encore de l'existence d'une nullité, bien rigoureuse à leurs yeux indulgents, et la récusent. Enfin, nous croirions volontiers, nous, à une inexistence; ne pouvant ratifier aucune des opinions précédentes.

La nullité virtuelle est celle qui résulte inévitablement d'un texte, qui en découle implicitement sous peine de le travestir en lettre morte, sous peine aussi de prêter aux législateurs une légèreté d'enfant (1). Ici nous en rencontrons une, proclament certains auteurs, et comme elle est visible! La loi, parlant des agents de change, reconnaît à eux seuls le droit de faire les négociations spécifiées; dès lors, quand d'autres intermédiaires s'emparent des mêmes opérations, ils sont en faute, ils se chargent d'un ministère qui ne leur est point conféré, ils s'arrogent des fonctions monopolisées et le résultat auquel ils aboutissent ne peut être ni reconnu, ni sanctionné. Il y a nullité.

Dans l'article 7 de la loi du 28 ventôse an ix (2), se rencontre une nullité en puissance, à l'état latent. Elle n'est pas sensible au regard, elle l'est au raisonnement; voilà, prise au gîte, la nullité virtuelle dans toute son humilité, mais aussi dans toute sa force : « Toutes les fois qu'une loi, à titre de garantie pour l'intérêt social, décide qu'une opération juridique ne peut être constatée que par un officier public, les constatations, œuvres des parties privées, sont nulles, radicalement nulles. — Il n'est pas besoin que la loi prononce la nullité (3). »

La jurisprudence ne raisonne pas ainsi, et la majorité

(1) V. Aubry et Rau, *Droit civil*, t. I, § 37.

(2) Sur lequel l'art. 76 C. com. sera calqué.

(3) Conclusions de M. le procureur général Bertauld, *Journal des Tribunaux de commerce*, 1881, p. 205.

des auteurs la suit (1). Une opération de coulisse est nulle et la sanction civile, comme la sanction pénale, trouve son origine dans le droit ancien et dans le droit intermédiaire. Le Code de commerce accorde au monopole un article, songeant seulement à fixer son étendue, insouciant des sanctions nettement formulées par des lois antérieures; il fait comprendre, par son silence même, qu'il convient de les interroger. Ici donc il faut invoquer hardiment les textes des années 1724, 1781, de l'an x (2).

Bref, nullité virtuelle, nullité expresse; chacun a ses préférences. L'embarras du choix a sans doute fait penser qu'une autre direction était possible. M. de Folleville (3) juge la nullité sanction trop sévère vis-à-vis des parties ignorantes et de bonne foi. Nous lui répondrons avec M. Bailly (4) : « Rien ne prouve que le législateur ait partagé cette manière de voir, toute personnelle à son auteur, et qui ne peut faire l'objet d'une discussion juridique. L'ignorance et la bonne foi des coulistiers, lorsqu'ils violent un monopole dont ils soupçonnent bien l'existence, sont, du reste, choses fort problématiques. » Il nous semble, en outre, que l'argumentation combattue ouvre la porte à des conséquences désastreuses. Si l'ignorance et la bonne foi sont des vertus peu pratiquées des financiers, elles peuvent, au contraire, fleurir sur d'autres marchés, abonder en d'autres régions; la théorie générale de la

(1) Lire un article fort remarquable et qui embrasse toute la question : « de la Nullité des opérations de coulisse. » *Annales de Droit commercial*, avril 1887. Son savant auteur, M. Bailly, semble au contraire partisan de la nullité virtuelle.

(2) V. Lyon-Caen et Renault. *Précis de Droit commercial*, t. I, n° 1484, et *Manuel*, n° 767.

(3) *De la Possession des meubles*, n° 295.

(4) Article précité, p. 210.

nullité sera littéralement défigurée par la prise en considération des dispositions de l'âme des contractants. La psychologie ne sait que faire ici; il ne faut pas la dépayser. Sans croire à une morale toute de convention dans l'humanité, on peut bien admettre que l'ordre public a parfois des caprices, il n'accroche pas le regard, et ce qui touche aux monopoles en général est souvent discutable. L'ignorance deviendrait un *palladium* assuré; ce serait regrettable.

D'autres auteurs passent sans anxiété devant tous nos textes assemblés, ne les trouvant pas décisifs. Nous laissons la parole à M. Salzedo (1) : « Une première remarque à faire est que les seuls textes qui décrètent formellement cette nullité, appartiennent à l'ancien droit. Il n'y a d'exception que pour l'arrêté du 27 prairial an x, qui est du droit intermédiaire; mais cet arrêté n'entend pas innover sur ce point. Il se contente de renvoyer, pour la sanction pénale, à l'article 13 de l'arrêté de 1781 et à l'article 8 de la loi de ventôse an ix; pour la sanction civile de la nullité, à l'article 7 de cette dernière loi. Mais il est facile de se convaincre que les rédacteurs n'avaient pas sous les yeux les textes qu'ils visent. L'article 13, dont ils ne relèvent que la disposition pénale, est précisément le seul des trois qui parle de la nullité. Quant à l'article 7 de la loi de ventôse, en conformité duquel ils établissent cette nullité, il n'en dit pas un mot, ainsi que nous l'avons vu; en nous reportant au passage indiqué, nous n'y trouvons pas la disposition qu'ils déclarent reproduire... »

On voit comment l'auteur dépèce l'arrêté de l'an x : la nullité est visée, une fois seulement, par l'article 7 qui

(1) *La Coulisse et la Jurisprudence*, p. 90.

contient une erreur. Quelle confiance ajouter ? — Au fait, si cet article renvoyait à un devancier sans nous dire ce qu'il lui emprunte, nous serions dans le doute qui côtoie l'abstention, mais il parle clairement : « Conformément... toutes négociations faites par des intermédiaires sans qualité sont déclarées nulles. » Nous savons ce qu'il veut, nous devons lui donner satisfaction, peu important les lignes auxquelles il faisait allusion (1).

M. Salzedo, convenant que l'erreur de rédaction n'est pas péremptoire et que la nullité reste *sub judice*, insiste de rechef. Le recours fait aux textes de l'ancien droit est discuté. Suivons cet auteur avec lequel il faut compter ; auparavant, une remarque. Est-il bien incontestable que les rédacteurs de l'an x n'aient relevé par l'article 4 que « la disposition pénale » de l'article 13 de l'arrêté de 1781 ? « Il est défendu, sous les peines portées par les articles 13... (2) » et l'article 13 de dire : « ... à peine, pour l'une ou l'autre de ces contraventions, de nullité des négociations, etc. » Le législateur emploie plus d'une fois le langage courant ; la nullité, mais c'est une peine et une peine très redoutable ! On peut s'exprimer ainsi sans respecter un lexique bien précis mais sans choquer, davantage, l'esprit le plus impressionnable (3).

Nous croyons que les rédacteurs, en l'an x, se préoccupent sérieusement et avec insistance de la nullité. L'article 4 renvoyant à la loi de ventôse au sujet de l'amende

(1) Cette allusion est très claire pour qui admet que l'art. 7 (de ventôse) renferme dans son sein, sans la trahir aux sens, une nullité virtuelle. C'est le cas de M. le professeur Bailly.

(2) Relire l'art. 4 de l'arrêté du 27 prairial an x et l'art. 13 de 1781. *Code Tripier*, S. p. 10.

(3) Nous avons cité des lignes de M. Crépon bien concluantes ; il regarde nettement la nullité comme une peine supérieure à la poursuite correctionnelle.

et citant aussi l'art. 13 de 1781 devait même penser surtout à la sanction civile, puisque la sanction pénale était complètement déterminée par le renvoi à l'an ix. Si l'auteur nous objecte qu'il y a donc une sorte d'appesantissement sur la sanction civile, puisqu'on en parlerait deux fois, appesantissement invraisemblable, nous lui avouons en toute sincérité que nous n'en sommes nullement surpris. Pour la sanction pénale, de l'aveu même de notre habile antagoniste, un double renvoi est fait ; un seul article le renferme. Cette fois il y a dissociation ; la différence est sans importance.

Du reste, l'auteur nommait l'article 4 de l'an x quand, au début, il prétendait donner la liste complète des textes ayant trait à la nullité des opérations de coulisse ; ne sous-entendait-il pas ainsi qu'il pourrait l'invoquer ? Pourquoi affirmer sans discussion, ensuite, que cet article n'a rien de commun avec la sanction civile ?

Hâtons notre marche sans prétendre attribuer à notre remarque une importance qu'elle ne comporte pas ; elle avait la seule ambition de pousser plus à fond l'analyse d'un texte. On ne trouverait pas surprenant qu'un corps déjà soumis à la décomposition par le chimiste exerçât la patience d'un successeur avide de continuer les recherches entreprises, tout en prévoyant que le nouvel élément n'eût point une grande utilité. En fait, la répercussion de l'an x sur 1781 fût-elle établie, n'autorisera aucune conclusion importante si l'on ne sait terrasser une nouvelle allégation (1).

(1) On remarquera peut-être que nous avons pris M. Salzedo à partie, mais courtoisement on le constatera *La Coulisse et la Jurisprudence* forme une étude complète et originale, elle appelle la critique dans l'acception élevée de ce mot.

Les nullités dans l'ancien droit avaient un caractère comminatoire ; les appliquer aujourd'hui inévitablement ainsi que l'exigeraient les principes modernes, destructeurs de tout arbitraire, c'est aboutir à une aggravation injuste, inadmissible, laisse à entendre M. Salzedo.

On peut, sans difficulté, ne point rester bouche close au bruit de cette contradiction. Toutes les fois que le Code a touché à une matière et ne l'a pas traitée intégralement, toutes les fois en d'autres termes qu'il s'est montré incomplet, on demande aux textes précurseurs — *anteriores vitæ* des nouveaux — les dispositions auxiliaires, à moins d'abrogation ou d'incompatibilité, cela va sans dire ; cette hypothèse est celle que l'on agite. La loi du 15 septembre 1807 ne fait pas obstacle (1), car les conséquences, de l'immixtion composent une matière sur laquelle le Code de commerce n'a pas statué : le passé reprend vigueur dans un sol tout moderne, appelé à vivre ainsi que le comporte son nouveau milieu. La nullité reparaît et conformément aux principes de la législation perd son caractère facultatif. La modification est de toute nécessité ; les rédacteurs par leurs agissements, par leur mutisme, si l'on préfère, l'ont préparée, amenée, voulue !

Cette argumentation respirait plus d'audace que de vérité, ont répété à l'envi et pendant un long temps ses opposants inflexibles. Le printemps de l'année 1885 devait les désabuser, les amener à résipiscence.

La loi sur les marchés à terme, pour éviter le désaccord entre ses prescriptions et les vieux textes, dont elle recon-

(1) Art. 2 : « A dater dudit jour 1^{er} janvier 1808, toutes les anciennes lois touchant les matières commerciales sur lesquelles il est statué par ledit Code, sont abrogées. »

naissait toute la vitalité, abrogeait formellement des exigences antérieures dont le législateur du jour se séparait. Les dates de 1724, 1785, 1786... sont énumérées.

Bref la loi veut une sanction ; elle l'appelle, à tort, nullité.

Les opérations faites par la coulisse à l'instar de celles conclues par les agents de change avec leur type d'achats et de ventes sont des contrats. Et quels sont les éléments essentiels à l'existence des contrats (1) ? Ils s'articulent : 1^o Le consentement. — 2^o L'objet de l'obligation. — 3^o La cause de l'obligation. — 4^o Le lien entre les parties résultant de la convention. — Si l'un des éléments fait défaut, il faut proclamer l'inexistence du contrat auquel les parties avaient la prétention d'aboutir (2).

Notre espèce met face à face deux coulissiers : le contrat pêche par la cause du côté du vendeur puisqu'il se propose d'obtenir un prix légalement injustifié ; le *id quod inducit ad contrahendum*, c'est l'obtention d'une certaine somme comme corollaire de la livraison des titres. Quant au coulissier acheteur, il s'oblige, dans sa pensée, à payer afin d'arriver à la prestation des valeurs indûment fournies ; il entre dans un pseudo-contrat renfermant un objet illicite. Donc cause illicite d'une part, objet illicite de l'autre ; l'existence du contrat désiré est en jeu. La loi de la vie juridique a des prescriptions inexorables ; on les a violées ici. Conséquence : le néant.

On s'attend à des conclusions radicales, nous les

(1) Nous n'avons pas à nous préoccuper de la validité, devant rencontrer l'inexistence.

(2) Nous adopterons sur ces matières si difficiles les solutions consacrées dans le savant cours de M. L. Mouchet, professeur de Code civil à la Faculté de droit de Dijon.

déduirons ailleurs, elles se distingueront plus encore par la rigueur que par le nombre. Actuellement nous les ajournons, ayant le désir de suivre la méthode parfaite adoptée dans l'article des *Annales*. Nous sommes ainsi conduit à l'examen des rapports du client et du coulissier, l'un mandant, l'autre mandataire apparemment.

II.

Abordons une opinion à laquelle l'auteur donne son puissant appui. Le mandat intervenu est nul et sa nullité découle de ce que le contrat avait un objet illicite (1). Cette solution, à l'encontre de la précédente, est établie par les principes généraux (2). On nous dit que le mandat est nul ; l'article 1128, Code civil, particulièrement ne saurait s'accommoder de l'état des choses, et si le Code civil est formel, le droit romain ne l'est pas moins : *rei turpis mandatum nullum est et ideo hac actione non agitur* (3).

Cette unanimité paraît touchante ; la vieille législation romaine, positive, scientifique, donne la main au droit français. L'union fait la force, et l'on peut sans retard, espère-t-on, cingler vers quelque vérité moins palpable. Pas du tout ! Selon d'autres, la nullité est contestée, rejetée. Nous, pour la deuxième fois, nous avançons vers un acte afin de le sonder, de le scruter en toutes ses

(1) V. p. 212 au numéro déjà cité. L'article, outre sa valeur intrinsèque, à l'attrait de sa date, pour nous.

(2) Ces principes donnaient déjà, à notre avis, sur l'autre question, la réponse qu'il convenait d'adopter.

(3) L. 6, § 3, D. XVII, I.

fibres, mais il nous échappe. Il est inexistant, il est mort-né, selon l'expression pittoresque d'un style ami (1).

Pour quelles raisons certains trouvent-ils la nullité inadmissible? Elle est à la fois contraire au droit et à l'équité. Au droit : Pothier lui-même va le prouver ; on se guide sur son drapeau, c'est un gage de victoire. Voyons un peu : dans notre ancienne législation comme sous l'empire du Code civil (art. 1596), il était défendu aux tuteurs de se rendre adjudicataires des biens de leurs pupilles ; or, ceci posé, l'hypothèse suivante est prise par le préparateur de notre Code : un tuteur donne mandat à un tiers de lui acheter un effet appartenant au pupille dont il gère le patrimoine, et le mandat n'est pas nul. Le mandant ne peut invoquer une nullité pour refuser de rembourser au mandataire qui a exécuté les déboursés auxquels il a été contraint, et le mandataire réciproquement ne peut se refuser à une reddition de compte en excipant d'une nullité. Pothier fait une distinction entre les choses que définit la loi ; les unes sont mauvaises, les autres ne sont prohibées qu'en faveur de certaines personnes et pour éviter des fraudes ; aussi dans ce dernier cas il n'y a pas nullité d'un mandat qui a — pour rester dans le ton de Pothier — la chose pour objet. Eh bien ! le mandat donné au coulissier est de cette dernière nature — on le soutenait devant la Cour de cassation en 1881 — et le droit ne veut pas de la nullité ; d'ailleurs l'équité l'écarte à son tour.

Les agents de change qui souffrent de la lésion, à eux faite, peuvent se plaindre ; leurs doléances seront écoutées

(1) *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques*, par M. P. Bourgeon.

par les tribunaux ; mais admettre que le mandant et le mandataire se prévalent entre eux de leur conduite irrégulière, c'est une injustice flagrante.

Voilà un exemple frappant de ce qui s'appelle au barreau une plaidoirie à côté. Nous consentons, sans même approfondir, à donner notre adhésion à la solution relative au mineur. Et après ? Se croit-on en mesure d'argumenter *a pari* ? La témérité serait excessive. — Quel est le fondement du monopole des agents de change ? L'intérêt de l'Etat ; partant, l'ordre public. — Quelle est la base de la prohibition faite au tuteur ? — Un préjudice possible pour le mineur ; par conséquent l'intérêt privé ? — Alors le raisonnement tombe et s'en va au courant du bon sens. L'immixtion dans les fonctions d'agent de change est « une chose que la loi défend absolument comme mauvaise, » et Pothier consacrerait par sa distinction même l'opinion contestée.

Nullité à rejeter, entendions-nous ! Le cri nous choquait profondément. Les auteurs que nous combattons, c'est-à-dire les plaideurs de 1881, se font une véritable illusion : ils nous indiquent du doigt, en quelque sorte, une obligation valable, solide, robuste et nous ne discernons rien. Nous répéterons avec Ulpien : *Rei turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agetur* ; le mandat qui porte sur une chose illicite n'existe pas, aucune action n'en tombe (1) ; nous ferons chorus également avec le Code

(1) A Rome, les bonnes mœurs, l'intérêt public et les droits des tiers furent les seules limites imposées à la liberté de l'homme, mais l'acte qui tendait à franchir ces limites était considéré comme un pur néant, les textes le déclarent de la façon la plus nette : *Privatorum conventio juri publico non derogat*. (L. 43, § 1, de *Regulis juris*.) *Pacta quæ turpem causam obtinent non sunt observanda*. (L. 27, de *Pactis*.) V. p. 92, ouvrage de M. P. Bourgeon.

civil : l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, *ou sur une cause illicite*, ne peut avoir aucun effet (a. 1131). Inexistence devient le mot de la situation ; nous en trouverions un troisième exemple dans une société qui aurait pour but l'entremise prohibée. Nous ne connaissons pas de difficulté sur ce sujet pour lequel la plupart des auteurs observent un silence autorisé, et l'étude des coulissiers contractants par laquelle on débute méthodiquement éclaire ce dernier cas.

Devant terminer notre chapitre par l'explication des effets de la nullité — de l'inexistence — des opérations faites par les coulissiers et du mandat intervenu entre ceux-ci et leurs clients, il nous reste, avant d'atteindre ce but, à signaler une question de preuve en y donnant réponse, puis à revenir sur la nullité si discutée, pour déterminer quelle épithète lui est attribuée par ceux qui s'effrayent de notre qualificatif.

Une personne peut recourir à un banquier et lui confier le rôle d'intermédiaire, soit qu'il s'adresse lui-même à un agent de change pour conclure l'opération, soit qu'évitant cette démarche exigée par la loi il négocie personnellement. Supposons que devant les réclamations judiciaires du banquier le client allègue que l'opération a été faite sans le concours d'un agent de change ; l'intermédiaire soutenant au contraire qu'il s'est mis en garde contre l'immixtion, qu'il a respecté le monopole. Lequel des deux fera la preuve ?

Ce fardeau est souvent lourd, il faut minutieusement déterminer sur quelles épaules il doit être placé.

Deux opinions tranchées se sont fait jour. Premier système : le client, par sa conduite, oppose une exception ; il conteste la régularité du mandat dans son exécution ; il

doit prouver, quand la réalisation de l'opération est établie, ce qu'il objecte. Avec une décision différente on consacre contre le coulissier une sorte de présomption de fraude qu'on l'oblige à renverser. L'analogie avec le client poursuivi, proposant l'exception de jeu, est complète (1).

Le second système, auquel nous préférons nous rallier, méconnaît le caractère d'exception attribué à la réponse du client. Celui-ci, en effet, — prenons l'hypothèse d'un achat, — tient ce langage aux coulissiers : « Vous me poursuivez en me présentant les titres que je vous ai chargé de me procurer et vous demandez le prix. Soit ; vous aviez mandat d'aboutir à ce résultat, mais régulièrement. Vous ne pouvez invoquer une obligation à ma charge, une action à votre profit qu'autant que la loi n'a subi, par vos actes, aucune atteinte. L'article 1315 du Code civil exige que preuve soit faite par vous de l'obligation ; voyons ensemble si elle est née, mais parlez, mais prouvez. » Le raisonnement est légitime et la logique juridique consacre ces paroles ; cela suffit. Aussi sommes-nous fort surpris de voir des auteurs cherchant une sorte de corroboration. Si le client devait faire la preuve, ajoutent-ils, que la négociation n'a pas été opérée par un agent de change, il aurait à sa charge une preuve impossible, celle d'une négation. — Alors, remarquons-nous, la théorie générale de la preuve n'est installée dans nos Codes que jusqu'à concurrence des faits négatifs. La matière souffre un remaniement par la fantaisie de ces commentateurs, c'est exorbitant ; les preuves négatives auraient des règles à elles seules. D'ailleurs — et souvent on l'a dit avant

(1) V. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. I, n° 1488.

nous — une preuve négative aboutit toujours à une preuve positive; dans l'espèce, le client aurait établi que son mandataire s'était adressé à un coulissier.

Nous avons vu discuter la nullité, et la majorité des auteurs l'admettre. La théorie adverse, dont le côté vulnérable était facile à saisir, a réuni peu d'adeptes (1). Il importe maintenant de connaître les caractères.

III.

L'ordre public est en cause; le crédit national a fait monopoliser les négociations que l'on sait. Il faut, devant une infraction, parler hardiment de nullité absolue. — C'est une affirmation résolue et ceux qui l'expriment trouvant en elle la satisfaction de leurs appétits juridiques, sous-entendent que les nullités prononcées en matière de contrats (2) peuvent être réparties en deux catégories bien distinctes : celle des nullités relatives et celle des nullités absolues. Les différences seraient clairement accusées, tranchées : les nullités relatives sont basées sur un intérêt privé; ne peuvent être proposées que par certaines personnes et sont, enfin, susceptibles de se couvrir par une ratification expresse ou par une ratification tacite résultant de l'expiration d'un certain laps de temps.

Au contraire, les nullités absolues sont basées sur des considérations d'ordre public, peuvent être proposées par

(1) L'opinion que nous avons préconisée est une troisième manière de voir.

(2) Ces auteurs semblent admettre une division bipartite : 1° Nullité absolue ; 2° Nullité relative, et ne disent mot de l'inexistence ; nous prenons deux termes aussi, mais différents : 1° Inexistence ; 2° Nullité relative. En présence des contrats d'adoption et de mariage — celui qui a trait aux personnes — la distinction tripartite résulte des textes assez nettement : 1° Inexistence ; 2° Nullité absolue ; 3° Nullité relative.

toute personne ayant intérêt et ne sont pas susceptibles de se couvrir par le temps ou par la ratification.

Le premier caractère qui réside dans la base : intérêt privé, intérêt public, serait, à proprement parler, le *criterium*, la marque qui fait distinguer. Le discernement une fois fait, arrivent les conséquences. Dans l'hypothèse des opérations conclues par des coulissiers à la suite de mandats intervenus entre eux et leurs clients, la nullité est absolue, affirment les auteurs qui lui refusent une épithète plus douce, moins rigoureuse. L'appeler nullité relative, c'est mettre le chaos dans les principes.

Soit, l'hérésie de la nullité relative compte, en effet, peu de fervents (1) et cependant certaine solution que la logique appelle ne lui répond pas toujours; des arrêts ont admis la ratification tacite. Elle produit effet, et la nullité de l'opération est couverte par une exécution volontaire (2). La jurisprudence ne motive pas sa décision; le droit lui faisait défaut et cette anomalie ne s'explique que par les faits de la cause. Bref, pas de ratification possible. Il faut ajouter ou plutôt rappeler : tous les intéressés pourront invoquer la nullité conformément aux principes généraux (3) et l'article 1304, C. civ., restera inapplicable. Cet article, on le sait, limite à dix ans l'action en nullité (ou en rescision) (4).

(1) N'a-t-on pas soutenu cependant que les agents de change seuls pouvaient, en cas d'immixtion, invoquer la nullité. Elle serait relative alors, et le monopole place sa base dans les intérêts privés. Veut-on en faire la preuve ?

(2) Lyon, 31 juillet 1885, *Journ. des val. mob.* 86, p. 41. V. aussi C. de Paris, 29 septembre et 10 juillet 1882. D. P. 83, 2, 81.

(3) Dit-on.

(4) C'est une question vivement débattue que celle de savoir si le délai de dix ans dont il est ici question est un délai fixe et invariable ou s'il est soumis aux causes de suspension admises pour la prescription. La première proposition est rejetée, avec raison croyons-nous, par le plus grand nombre des auteurs.

Nullité absolue, dirons-nous, c'est bien ; inexistence, c'est mieux. La théorie que nous avons formulée d'un mot à pour nous un vif attrait ; l'un des éléments essentiels à l'existence du contrat ne se rencontre point, il faut forcément conclure au néant de cet acte. Les effets diffèrent peu de ceux qu'entraîne la nullité absolue ; cependant n'est-il pas établi que les nullités ne se présument pas et qu'elles s'appuient sur un texte formel, — sauf la discussion de la nullité virtuelle, — tandis que pour l'inexistence d'un acte juridique on ne se met pas en quête de dispositions législatives précises : dans notre espèce, si la sanction civile n'eût été prévue par aucun article, l'inexistence allait d'elle-même (1).

L'on nous objectera peut-être que sous le prétexte de marcher avec les principes de la raison pure nous allons à l'encontre des documents émanés du législateur.

Nous avons remué le passé, c'est vrai ; il fixe le commentateur sur la sanction pénale avec lucidité, sur la sanction civile avec une clarté moins complète, disons le mot, avec une locution vicieuse. Il ne nous répugnait pas de frayer avec les vieilles lois, bien qu'elles nous entretenissent toujours d'un sujet qui paraissait leur tenir à cœur, celui de la nullité. Notre colloque restait sans gêne, car le malentendu résidait dans les termes seulement ; maintes fois chez le droit ancien, chez le droit intermédiaire, le législateur parle de nullité qu'il sous-entend absolue et que, par restriction mentale, il comprend comme l'inexistence.

(1) Nous n'avons pas voulu prétendre qu'une inexistence ne se lise jamais dans un texte, mais elle peut se produire sans cela. On ne saurait en dire autant d'une nullité.

A Rome, des textes nombreux parlent d'actes inexistant et emploient le mot qui semble consacrer seulement la nullité; ils n'ont pas constamment la préoccupation de la terminologie précise qui aboutirait à des expressions telles que : *nullius momenti*; *pro infecto habetur*. En face d'une inexistence incontestable, ne lisons-nous pas, par exemple : « *Rei turpis nullum mandatum est.* » Ulpien a, lui aussi, ses erreurs de langage, ses lapsus.

Nous avons désiré mettre plus de netteté dans les termes, bien que la modification de forme n'engendrât point de grands changements dans le fond; le but n'est-il pas excusable (1)? La différence des mots aurait pu entraîner la différence des solutions; et qu'aujourd'hui le législateur, cessant d'imiter la conduite de Fabius, donne une réglementation complète (2) sur notre matière et qu'il ne parle, nulle part, de sanction civile, nous demanderons encore l'inexistence des actes d'immixtion; tandis que l'école adverse sera dans un grand embarras, dans la division en tous cas : certains trouveront peut-être une nullité virtuelle à leur goût, mais les autres étudieraient un monopole sans aucune sanction civile. Ils feraient bien alors de passer dans nos rangs.

L'auteur de *la Coutisse et la Jurisprudence*, qui exige des textes avant de consentir à une nullité et qui n'en trouve pas sur notre sujet, pourrait se rallier à la théorie de l'inexistence sans abandonner ses anciens rai-

(1) Horace pourrait défendre notre cause :

*In verbis etiam tenuis cautusque serendis,
Hoc amet, hoc spernat promissi carminis auctor.*
Art poétique, vers 45 et 46.

(2) Complète; le mot a son importance, car il fait allusion à l'abrogation implicite des textes précédents.

sonnements; il en ajouterait un, voilà tout (1); et c'est aujourd'hui ce que nous proposons à notre brillant contradicteur.

IV.

A ce point, nous sommes en droit de clore le chapitre en insistant sur les effets des opérations de coulisse et nous avons, à regret, légèrement endommagé cette suite en déterminant les caractères de la sanction civile. L'examen des effets suppose, remarquons-le, que la nullité a été prononcée ou l'inexistence reconnue par les tribunaux. Cela réalisé, les effets devenant communs (2), la conciliation se produira et nous marcherons de concert avec nos adversaires de la veille; on le croirait, et cependant cette proposition qui respire la paix est fort aventurée. La répétition que l'on suppose en germe dans une nullité absolue ou dans une inexistence amènera la discorde; elle sera soutenue par les uns au nom des principes généraux, rejetée par nous au nom des mêmes principes, refusée par la jurisprudence en vertu d'un texte. A nouveau, creusons des tranchées et reprenons les armes.

1^o *Le contrat n'a reçu aucune exécution.* — Les prestations ne seront pas fournies puisqu'aucune des deux parties, coulissier ou client, n'a entre les mains une action; qu'il s'agisse de marché au comptant ou de marché à terme, la distinction n'a pas d'importance. Une remarque est toutefois énoncée ingénieusement par notre maître (3),

(1) Celui qui, sans se préoccuper de textes spéciaux, rencontre, dans le jeu des principes les plus généraux, l'inexistence.

(2) En dépit de la variété des mots.

(3) M. Bailly. V. *Annales de droit commercial*, n° déjà cité.

auquel nous demandons la permission de la prendre : « Aujourd'hui donc, dit-il, malgré l'abolition de l'exception de jeu en matière de marchés de bourse, le spéculateur qui aura fait de mauvaises opérations et qui voudra se soustraire à leurs conséquences, pourra, s'il a eu l'habileté de jouer à découvert ou avec une couverture de peu d'importance, s'affranchir de la perte par lui subie, du moins s'il a traité avec un coulissier, en opposant à celui-ci la nullité que nous étudions. »

2^o *Le contrat est exécuté, c'est-à-dire que les titres ont été livrés et l'argent payé.* — Si l'on en croit certains auteurs, chacun des contractants peut répéter la prestation fournie, qu'il s'agisse des rapports de client à coulissier ou de coulissier à coulissier.

En principe une distinction est inutile, mais on raisonne plus volontiers sur le premier cas parce qu'il s'est présenté devant les tribunaux. Appelé à le prendre pour base, nous le mettons en relief : Primus a fait acheter des actions par le coulissier Secundus et il sait qu'aucun agent de change n'a été employé. Les actions sont livrées, le transfert a lieu au nom de Primus qui, ayant reçu les titres, les conserve. Secundus touche le prix. Plus tard, — ces valeurs ayant prodigieusement baissé, on peut le supposer, — Primus veut faire table rase d'un passé qui cause sa ruine; il déclare qu'il avait donné un mandat illicite et réclame le prix qu'il avait versé, offrant de remettre les titres.

Pourquoi la répétition sera-t-elle admise, demanderons-nous? Et l'on trouve presque oiseuse notre interrogation, car, paraît-il, la répétition est une conséquence aussi simple qu'inéluctable : « L'obligation que l'on voulait éteindre n'existait pas, parce qu'elle avait une cause illicite » (C. civ.,

art. 1235 et 1131) (1). Soit dit incidemment, ce langage est doux à notre oreille et, partisan de l'inexistence, nous ne parlerions pas autrement. Il n'y a pas à tirer argument d'un paiement fait sans erreur, ajoute-t-on; il n'équivaut pas à une ratification impossible d'ailleurs. Le Code civil se prononce hautement : c'est l'article 1235 qui légitime la répétition; c'est l'article 1131 qui la dicte impérieusement !

La jurisprudence reste froide ; nous demeurons impassible, mais si nous devons aboutir au résultat qu'elle sanctionne, nous prendrons un chemin fort différent, ayant lieu de croire que le sien est impraticable. Approfondissons. Que dit-elle (2) ? L'article 18 de l'arrêt du Conseil du 24 septembre 1724 est assez formel pour éliminer la répétition que les principes généraux réclameraient. — Cet article que nous avons inséré en lui demandant son concours, établit, en son début, la nullité de l'opération faite par immixtion, puis il ajoute : « faisant Sa Majesté défense à tous huissiers et sergents de donner aucune assignation sur icelles (les négociations illicites) à peine d'interdiction et de trois cents livres d'amende, et à tous juges de prononcer aucun jugement, à peine de nullité desdits jugements (3). » Le texte a deux fins, il servait précédemment à établir la nullité, maintenant il la règlement, on nous l'apprend. Est-ce bien certain ? il ne suffit pas toujours d'être disert pour acquérir double utilité. Une nullité est établie, nous sommes d'accord ; puis l'article ajoute, en guise de développement, que la négociation

(1) V. p. 217. Article des *Annales de droit commercial*.

(2) V. Cass. 29 juin 1885 et 22 avril 1885. D. P. 85, 1, 273. Cass. 6 juillet 1886. D. P. 87, 1, 25.

(3) V. notre page 106.

effectuée n'engendre aucune action, à savoir que le coulis-sier, après avoir accompli son mandat, ne peut pour-suivre le mandant afin d'obtenir une prestation. Il n'a pas davantage à craindre une action de la part du mandant qui prétendrait, lui aussi, arriver à une livraison. En dépit de l'allongement malencontreux du texte, notre hypothèse n'est point prévue et la Cour se méprend sur le sens des mots : assignation sur icelles. Jugeant sans doute la répé-tition dangereuse dans ses résultats pratiques, elle s'efforce de l'écarter. — Soit, mais juridiquement. Si la fin justifie les moyens, ce n'est certainement pas dans le domaine du droit.

Des auteurs ont donc dit — nous l'avons vu — que tout ce qui a été fait en exécution de l'acte irrégulier peut être défait, que le coulis-sier devra restituer l'argent sur la demande du client et celui-ci les titres sur la demande du coulis-sier (1). Eh bien ! non. Ces résultats seront arrêtés. La question n'est pas nouvelle — quant au fond — et la solution à Rome ne serait pas douteuse, solution consa-crée, adoptée par nos anciens auteurs, dont les brisées ont tracé la voie du Code civil.

Les considérations tirées des articles 1131 et 1376 (2) ne sont pas déterminantes. Si l'on dénie au client, dans notre espèce, le droit de répéter, ce n'est point parce que l'on fait produire un effet à une obligation illicite (3), mais parce que la procédure est incompatible avec l'exercice du droit de répétition. Si on l'admettait à répéter il devrait, pour atteindre son but, paraître devant les tribunaux, or

(1) La réciproque se produirait de même.

(2) Nous citons cet article comme équivalent de l'art. 1235, avec lequel il fait cause commune.

(3) L'article 1131 s'y oppose.

les juges ne peuvent pas l'écouter : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Il serait obligé, ce client, de faire la narration de ce qui s'est produit ; il fonderait son droit sur des faits dont la narration qui constituerait la preuve ne peut être écoutée par les juges.

Quant à l'argument déduit de l'article 1376, dans lequel se fonde l'article 1235, il est écarté facilement par des considérations historiques. A Rome déjà, celui qui avait payé ce qu'il ne devait pas avait le droit de répéter ; la *condictio indebiti* existait. De même la cause illicite produisait l'inexistence ; or Paul, malgré la *condictio indebiti*, refusait la répétition lorsqu'il y avait turpitude *ex utraque parte* (1). En droit français, nous transportons cette version en dépit des articles 1235 et 1376, car la dérogation aux principes de la *condictio indebiti* est justifiée par les mêmes motifs (2).

Veut-on maintenant prendre une autre supposition : Primus a chargé Secundus d'acheter pour lui des titres ; il veut, dans sa pensée, que Secundus banquier s'adresse à un agent de change. Point du tout, Secundus n'a pas reculé devant un acte d'immixtion et, l'opération conclue, a touché l'argent qui représentait le prix ; son client, connaissant plus tard le caractère illicite, sera en droit de répéter, car le magistrat l'entendra sans hésitation. Le demandeur est exempt de *turpitude*.

(1) V. l. 3, D. 12-5 : « *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, ut male judicetur.* »

(2) Les partisans de la répétition seraient mal venus à invoquer l'intérêt social, — argumentation de logique hésitante. — Nous leur ferions remarquer que, bien au contraire, les parties prévenues par nous de l'impossibilité de répéter, souvent s'arrêteront devant une exécution sans remède. Cette perspective d'instabilité nous semble bien faite pour gêner le développement des opérations de coulisse.

Nous avons montré l'impossibilité de la répétition en supposant les deux contractants de mauvaise foi (1), cette répétition rencontrait *in limine* l'obstacle du : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ; mais on pourrait l'écarter par un tout autre raisonnement.

Celui qui veut intenter la *condictio indebiti* doit prouver l'existence de toutes les conditions requises par la loi pour que son action soit recevable (2). Il doit donc établir : 1^o le fait du paiement ; 2^o que ce paiement était indû ; 3^o que ce paiement a été fait par erreur. Or notre hypothèse exclut cette troisième condition ; donc pas de répétition possible.

Un mot, puis nous rompons avec ce chapitre. La question de l'existence d'une obligation naturelle a été soulevée ici avec une timidité trop justifiée. La répétition se verrait opposer une exception qui ne serait autre que l'obligation naturelle ! C'est un moyen d'aboutir à notre dénouement ; nous n'en faisons pas pour autant notre protégé. On chercherait en vain les traits caractéristiques, essentiels, d'un tel lien dans l'espèce soumise à notre critique ; la vie si chétive qu'elle soit d'une obligation naturelle ne saurait sortir *ex nihilo*.

(1) La Cour de cassation raisonnait jadis comme nous. V. un arrêt du 15 décembre 1873. S. 74, 1, 241. On peut voir, au contraire, un arrêt du 11 février 1884, qui admet la répétition. S. 84, 1, 265.

(2) Elles sont discutées, il est vrai ; celle que nous invoquons fait précisément l'objet d'une controverse. Exprimée par l'article 1377 nous la considérons, avec des auteurs autorisés, comme sous-entendue dans les articles 1235 et 1376. Rome a connu plusieurs *condictiones*, mais le Code civil traite la seule *condictio indebiti*, sorte de fusion dont les caractères ne sont pas suffisamment tranchés.

CHAPITRE IV.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES. — PROPOSITIONS DE LOIS. — CONCLUSION.

SOMMAIRE. — Suède. Angleterre. Hollande. Belgique. Allemagne. Autriche-Hongrie. Suisse. Italie. Espagne. Portugal. Proposition de M. Ménard-Dorian, député ; elle abolit le monopole des agents de change. Proposition de M. Sourigues, député ; elle détermine les conditions auxquelles les valeurs mobilières seront négociées. Notre conclusion : adoption du système mixte appliqué aux courtiers de marchandises par la loi du 18-24 juillet 1866. Remarque suscitée par le rachat des charges et relative au droit de présentation.

Arrivé à la fin de notre étude, à l'heure où nous devons nous interroger, le doute apparaît ; parmi les conclusions naissantes aucune ne semble irréprochable ; si la faiblesse fait la perplexité, la présomption ne constitue pas la force et nous voulons, sans fausse honte, chercher des conseils. Parcourons la législation étrangère. On dédaigne trop souvent cet auxiliaire ; pourquoi détourner les regards du spectacle donné par le voisinage ? Il peut être instructif ; la curiosité, avec ce mobile, est toujours profitable.

Nous entendons toutefois ne point tomber dans le travers de la statistique. Il ne faut pas prendre une institution, la poursuivre sous toutes les latitudes pour offrir ensuite la conclusion tirée du nombre des suffrages qu'elle a recueillis, comparés aux voix qui ont proclamé sa déchéance. Non, l'opinion ne saurait recourir aux procédés de la mécanique ; on peut toujours dire, au retour : la balance s'incline dans tel sens, mais elle a tort. Commençons sans plus tarder notre voyage juridique (1).

SUÈDE (2). — Ce royaume possède des agents de change ayant un caractère officiel, agents assermentés et nommés par la commission municipale du commerce et de la navigation de chaque ville. Ils ne jouissent pas d'un monopole proprement dit. La sphère de leur activité est déterminée par le règlement des agents de change du 25 octobre 1872, dont le premier article est ainsi conçu : « Il pourra être institué dans chaque ville des agents de change à l'effet de prêter, à la demande des intéressés, leur concours dans l'achat et la vente des marchandises, immeubles, navires ou parts de navire, lettres de change et autres titres de valeur, ainsi qu'à la stipulation des contrats de prêt, de louage, de bail, d'assurance et autres conventions ou engagements pareils. »

Il faut observer que les affaires à la Bourse se font tou-

(1) Qu'il nous soit permis d'envoyer ici l'expression de notre respectueuse gratitude à MM. les professeurs L. Renault, de la Faculté de Paris, et A. Weiss, de la Faculté de Dijon, qui ont daigné nous secourir en garantissant par leur nom nos lettres de créance.

(2) Nous avons été édifié sur la question par M. K. d'Olivecrona, ancien professeur de droit à l'Université d'Upsal, conseiller à la Cour suprême du Royaume. Nos remerciements seront d'autant plus vifs à son adresse qu'après s'être montré pour nous, il y a quelques années, l'homme le plus aimable, il consent à rester aujourd'hui le savant le plus courtois.

jours *ex usu* par l'intermédiaire des agents de change; en outre, particularité plus importante, certaines ventes, déterminées par la loi, ne peuvent être conclues que par ces agents dûment autorisés.

Les agents de change suédois ne nous semblent pas sans analogie avec les courtiers français inscrits.

ANGLETERRE. — Le monopole n'existe pas; toutefois nul ne peut exercer la profession d'agent de change sans être muni d'une licence délivrée par la municipalité, sous peine d'une amende de 2,500 francs. Cette licence comporte, à Londres, une souscription annuelle de 125 francs payable au chambellan de la cité, et toute personne l'obtient, à moins de condamnation pénale antérieure.

Indépendamment de ces dispositions, on rencontre le Stock-Exchange, société d'ordre privé comptant neuf cents membres, à peu près. Il a son propre règlement (1). Ces membres se divisent en *brokers*, véritables intermédiaires ou courtiers qui opèrent pour le compte d'autrui, et en *jobbers*, spéculateurs qui opèrent pour eux-mêmes. Le mécanisme, différent de celui employé à Paris, doit être signalé (2). « Un *jobber* s'approche d'un *broker* et lui dit : A quel prix sont les consolidés, » il ne lui dit pas : J'offre ou je demande à tant... Le *broker* répond « 102 1/2. » Quand il a ainsi répondu, le *jobber* dit : « Je vous achète ou je vous vends telle quantité. » Il faut donc que le *broker* indique un prix juste, car s'il indique trop, on lui vend et

(1) Une correspondance avec M. Thomas Barclay, avocat à la Cour de Londres, résidant à Paris, a été très fructueuse pour nous qui signalons, de bonne grâce, ce fait d'affable confraternité.

(2) V. de la *Responsabilité des agents de change*, par M. A. La Nièce, thèse de doctorat, p. 100.

on n'achète pas et *vice versa* si c'est trop bas, le *jobber* avait envie d'acheter, il achète ou il ne veut pas vendre (1). »

La liberté semble exister. Si l'on en croit M. J. Bozérian, la liberté vraie, celle qui consisterait dans le droit et dans la possibilité pour toute personne d'exercer la profession, n'existe pas (2).

HOLLANDE. — Des courtiers fonctionnent à côté des intermédiaires libres ; il n'y a pas d'agents de change et chacun peut employer l'entremise de son choix.

Les courtiers sont nommés par le Conseil communal, sans limite de nombre, sans monopole, mais avec certains droits et certaines obligations qui n'existent pas, bien entendu, pour les intermédiaires ne jouissant pas de cette qualité. Par exemple, le livre des courtiers est un moyen de preuve à l'égard des conditions d'une transaction quand la transaction elle-même est reconnue par les parties (3).

D'un autre côté, il est interdit aux courtiers de faire pour leur propre compte le commerce dans la branche ou les branches pour lesquelles ils sont admis comme courtiers (4).

BELGIQUE (5). — Jusqu'en 1868, la Belgique était sous

(1) Citons un ouvrage à lire : *The Law and Customs of Stock Exchange*, by Melsheimer, 1884, Sweet, law publisher.

(2) V. la *Jurisprudence financière*, n° du 24 mai 1884.

(3) Tous nos remerciements à M. T. M. C. Asser, professeur à l'Université d'Amsterdam, conseiller du ministère des affaires étrangères. Nous voulons croire que son secours comme ses vœux nous porteront bonheur.

(4) A propos de certaines marchandises, nous lisons : Les courtiers doivent conserver les échantillons des marchandises vendues sur échantillon par leur entremise, jusqu'après l'exécution de la livraison.

(5) Un précieux auxiliaire nous attendait : M. Alphonse Rivier, professeur à l'Université de Bruxelles.

le régime de notre Code de commerce en matière de bourses de commerce, agents de change, courtiers, comme en d'autres matières. Mais une loi du 30 décembre 1867, qui fait partie de tout un ensemble législatif destiné à remplacer successivement les dispositions du Code de commerce par des dispositions nouvelles, spéciales à la Belgique, a supprimé le monopole des agents de change. Cette loi, selon l'expression de M. Bastiné (1), « a fait table rase de toute la législation concernant les Bourses de commerce, la corporation des agents de change et les opérations de Bourse. »

Le législateur belge a repris le système de 1791, et est même allé plus loin en n'admettant pas les restrictions adoptées alors. La profession d'agent de change est entièrement libre. L'agent n'est plus qu'un commerçant ordinaire, sans aucun caractère public (2). Toutes les conséquences du caractère public, — restrictions et garanties imposées, faveurs accordées, privilèges et avantages reconnus, — se sont évanouies ; il n'en est plus question.

ALLEMAGNE (3). — Le Code de commerce allemand de 1861 ne reconnaissait pas un monopole de négociations

(1) Le *Code de la Bourse*, par M. Bastiné, professeur à l'Université de Bruxelles, développe avec talent les promesses du sous-titre. C'est un exposé méthodique de la législation et de la jurisprudence belges sur les Bourses de commerce, les agents de change et les opérations de Bourse.

(2) Que doit-on décider à l'égard des femmes? (dit M. Bastiné, p. 77.) « Avant la loi de 1867, on leur contestait même le droit de fréquenter la Bourse. Aujourd'hui, nous ne connaissons aucun obstacle légal qui les prive de la faculté d'exercer le commerce et, par conséquent, d'être agents de change. Si la femme est mariée, elle doit se conformer aux règles prescrites par les articles 4 et 5 de la loi du 15 décembre 1872. »

(3) Nous devons un souvenir de profonde reconnaissance à M. Goldschmidt, professeur à l'Université de Berlin.

pour les courtiers ou pour les agents de change, mais il permettait aux législations des divers Etats d'introduire un monopole. Quelques petits Etats avaient profité de cette permission; mais la loi fédérale de l'empire du 21 juin 1869, sur les métiers, a aboli toute exception à la liberté de la profession.

Néanmoins, en certains pays, en Prusse par exemple, existent des courtiers et agents de change officiels — ou publics. — Ils sont nommés par l'administration, prêtent serment et des obligations s'imposent à eux. Seuls ils ont le droit de constater le cours des effets et le prix courant des marchandises.

A Bade, à Hambourg, à Brême, on ne connaît que des courtiers libres.

AUTRICHE (1). — Une loi générale sur les Bourses de commerce a été faite le 1^{er} avril 1875, et le 4 paraissait une loi spéciale sur les courtiers de commerce et les agents de change (2); ces derniers sont les intermédiaires officiels institués pour les opérations de Bourse. Ils prêtent serment, donnent caution, subissent un examen. Ils doivent tenir certains livres, exiger des couvertures et remettre un bordereau aux clients. Le secret leur est imposé. On peut dire qu'ils jouissent d'un monopole, mais il est spécifié que les parties qui, se connaissant, n'ont que faire, du reste, d'intermédiaires, peuvent contracter directement (3).

La Hongrie ignore le monopole.

(1) Cette fois encore, un membre distingué de l'enseignement consent à nous guider, M. Grünhut, professeur à l'Université de Vienne.

(2) M. Léon Lyon-Caen en a donné la traduction dans l'*Annuaire de législation comparée*, 1875, p. 502.

(3) Nous avons admis une solution analogue en commentant l'art. 76, C. com.; les apparences étaient contre elle.

SUISSE (1). — Il n'y a pas d'agents de change organisés par une loi fédérale, et dans les cantons il n'y a pas non plus, comme en France, d'officiers publics ayant un privilège pour la négociation des effets publics. La matière est cantonale toutefois, et quelques exceptions peuvent nous échapper, car — l'aveu doit en être fait — nous n'avons point porté notre examen sur les vingt-cinq circonscriptions prises une à une.

A la suite d'événements financiers, la Bourse de Genève a senti le besoin de se réorganiser. Les agents de change, écrit M. J. Bozérien, y forment maintenant une corporation, dans laquelle on ne peut entrer sans l'agrément des membres qui en font déjà partie, et sans se soumettre au règlement commun.

ITALIE. — Nous ne saurions mieux faire que de détacher quelques articles du Règlement du 27 décembre 1882 (pour l'exécution du Code de commerce) : Titre II. *Des Bourses de commerce et des Médiateurs*. — Chapitre I. *Des Bourses de commerce*. — Art. 16. Dans les Bourses où se négocient des valeurs publiques, sont admis de droit à la cote :

- 1^o Les titres de la dette publique de l'Etat ;
- 2^o Les titres de sociétés privées garantis par l'Etat ;
- 3^o Les bons de crédit foncier italien ;
- 4^o Les titres cambiaux.

(1) Le nom de M. Ernest Lehr, notre éminent confrère, qui se présente justement à notre esprit, nous fait songer à tous les tributs de remerciements qui restent à payer. A côté de l'ancien professeur à l'Université de Lausanne, saluons avec les sentiments qu'inspirent les bienfaits reçus, M. Sacerdoti, professeur à l'Université de Padoue ; M. Rafael de Labra, avocat, professeur de droit et membre des Cortès, à Madrid ; M. Torres-Campos, professeur à l'Université de Grenade ; M. Oliveira Martins, député à Lisbonne.

Les titres des personnes morales et des sociétés par actions légalement constituées, et les marchandises sont admis à la cote par décision de la Chambre de commerce, après avoir entendu le comité de la Bourse.

Pour admettre à la cote les valeurs étrangères, il faut l'autorisation du gouvernement.

Chapitre II. *Des Médiateurs*. — Art. 26. La profession de médiateur est libre. Toutefois les charges publiques, pour lesquelles est requise une autorisation spéciale, sont réservées aux médiateurs inscrits sur une liste formée et conservée par la chambre de commerce.

Art. 27. Les conditions requises pour que les chambres de commerce puissent inscrire sur la liste les médiateurs qui en font la demande, sont :

1° L'âge majeur et la jouissance des droits civils et politiques;

2° Moralité notoire et capacité d'exercer l'espèce de médiation pour laquelle la demande d'inscription est faite;

3° Le dépôt, à titre de caution, de mille à trente mille livres à déterminer par règlement approuvé conformément aux dispositions de l'article 25.

Art. 28. La liste des médiateurs doit indiquer l'espèce de la médiation pour laquelle chacun est inscrit. Les médiateurs autorisés à négocier les valeurs publiques sont qualifiés d'agents de change.

La liste doit être transmise en copie par les chambres de commerce aux tribunaux civils et de commerce de leur ressort.

La liste doit être et rester affichée dans les salles des tribunaux susdits, de la Bourse et de la chambre de commerce.

Art. 29. — La chambre de commerce délivre au médiateur un certificat conforme à l'inscription faite sur la liste.

Art. 30. Les seuls médiateurs qui ont obtenu le certificat indiqué à l'article précédent, sont admis à exercer leur charge à la Bourse.

Art. 31. Les charges publiques réservées en l'article 26 aux médiateurs inscrits sur la liste sont :

- 1^o La vente aux enchères de valeurs ou marchandises;
- 2^o L'exécution coactive des opérations de Bourse;
- 3^o La constatation du cours du change dans les comptes de retour;
- 4^o Tout autre emploi confié aux médiateurs par le Code de commerce ou d'autres lois (1).

ESPAGNE. — Un nouveau Code de commerce, remplaçant celui de 1829, a reçu la sanction royale le 22 août 1885 et est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1886. Conserver le procédé que nous avons adopté pour l'Italie, nous donnerons la traduction des articles principaux relatifs aux agents de change (2).

Titre VI. *Des agents intermédiaires du commerce et de leurs obligations respectives.* — Section I. *Dispositions communes aux agents intermédiaires du commerce.* — Art. 88. Seront soumis aux lois commerciales comme agents intermédiaires du commerce :

(1) V. *Code de commerce du Royaume d'Italie, traduit, commenté et comparé aux principaux Codes étrangers et au droit romain*, par M. Joan Bohl. On y lit des changements, des réformes aptes à donner de bonnes inspirations au législateur français qui, il est vrai, semble s'en soucier fort peu.

(2) Si l'on nous objecte que la traduction est une forme de la trahison, nous répondrons que commentaire n'est pas synonyme d'éclaircissement ; pour s'en convaincre, v. *Annales de droit commercial*, n^o d'octobre 1886, p. 122.

Les agents de change et de Bourse ;

Les courtiers de commerce ;

Les courtiers interprètes de navires.

Art. 90. Dans chaque place de commerce on pourra établir une corporation d'agents de change ou de Bourse, une autre de courtiers de commerce, et dans les villes maritimes une de courtiers interprètes de navires.

Art. 92. Les agents de la corporation auront le caractère de notaires quand on se référera aux contrats d'effets publics, valeurs industrielles ou commerciales, marchandises et autres actes de commerce faisant partie de la charge dans les places respectives.

Ils auront un livre-registre conformément à ce qui est déterminé à l'article 36, dans lequel on inscrira par ordre, séparément et quotidiennement, toutes les opérations qui seront intervenues, etc.

Art. 94. Pour être admis dans les corporations des agents auxquelles se réfère l'article 90, il sera nécessaire :

1^o D'être espagnol ou étranger naturalisé ;

2^o D'avoir les capacités pour négocier conformément au Code ;

3^o De n'avoir subi aucune condamnation correctionnelle ou afflictive ;

4^o D'avoir une bonne conduite et probité reconnues au moyen d'une information judiciaire de trois négociants inscrits ;

5^o De verser à la Caisse des dépôts ou dans ses succursales ou à la Banque d'Espagne, le cautionnement déterminé par le gouvernement ;

6^o D'obtenir du ministre *de fomento* le titre correspondant après avis de la chambre syndicale des corporations respectives.

Les articles suivants énoncent les obligations de ces agents intermédiaires du commerce et certaines prohibitions voisines, toutes, des solutions françaises, puis nous rencontrons la section II. *De la corporation des agents de change et de Bourse.* — Art. 100. Il appartient aux agents de change et de Bourse : 1^o D'intervenir exclusivement dans les négociations et transferts de toute espèce d'effets ou valeurs publiques cotées, définies à l'article 68;

2^o D'intervenir, concurremment avec les courtiers de commerce, dans toutes les autres opérations et contrats de Bourse, étant assujettis aux responsabilités propres à ces opérations.

Art. 101. Les agents de Bourse qui interviennent dans les contrats d'achat-vente (1), ou dans les autres opérations au comptant ou à terme, répondront à l'acheteur de la remise des effets ou valeurs sur lesquels ils auront opéré, et au vendeur du paiement du prix ou indemnité convenue.

Art. 102. Les agents de change consigneront dans leurs livres par ordre corrélatif de numéros ou de dates toutes les opérations dans lesquelles ils interviendront.

Les articles suivants peuvent être omis ; ils n'éclaireraient aucunement le monopole, proprement dit.

PORTUGAL. — Il existe un monopole et l'on trouve des agents de change (*corretores de numero*) dans les bourses de Lisbonne et de Porto. Les textes qui régissent la matière sont le Code de commerce promulgué en 1834 ; un règlement général édicté le 16 janvier 1837 ; la loi du 26 juillet 1856, modificatrice du Code, et le décret du

(1) Souvenir latin : *emptio-venditio ; compra-venta.*

2 mai 1859 relatif à l'institution des agents de change à Porto.

Nous énonçons ces dates sans analyse, car les documents législatifs qui précèdent feront promptement place à une réglementation nouvelle. M. le ministre de la justice présentera dans quelques jours (1) aux Chambres un projet de Code de commerce qui cherchera à réorganiser la corporation des agents de change, aujourd'hui désagrégée.

Les bourses particulières sont nombreuses et les agents non titrés ont leurs bureaux aux portes de la Bourse officielle (2). On se croirait en France ! Nous sommes prêts, du reste, à y rentrer.

En 1882, les Bourses de Paris et de Lyon furent le théâtre de crises, d'accidents financiers (3). Une grande émotion s'étant emparée du public, la représentation nationale s'en préoccupa.

M. le député Ménard-Dorian, dans la séance du 23 février 1882, proposa à la Chambre d'abolir le privilège des agents de change (4). L'exposé des motifs dit notamment : « Dans la presse, dans le Parlement, des propositions diverses se sont fait jour, les unes visant la loi de 1867 sur les sociétés, les autres ayant pour objet l'article 1965 du Code civil et l'exception de jeu, d'autres enfin relatives aux intermédiaires légaux et privilégiés de toutes les opérations de bourse.

(1) Session d'avril à juillet.

(2) Quant aux courtiers interprètes de navires, aux courtiers des assurances maritimes, leur monopole a disparu faute de titulaires. Ce sont des agents non titrés qui agissent. On ne peut pas dire alors qu'ils violent le monopole !

(3) La catastrophe est connue sous un nom plein d'harmonie imitative ; on l'appelle *krach*.

(4) V. l'*Officiel* du jeudi 9 mars (Chambre, annexe n° 462, p. 432).

Sur ces diverses questions, les solutions proposées procèdent de deux conceptions bien distinctes : suivant la première, l'Etat-Providence doit garantir les citoyens contre toute imprudence, mettre partout des barrières et auprès de ces barrières des gardiens chargés d'éloigner le public des abîmes. Suivant la seconde conception — c'est la nôtre — la liberté en affaires comme en politique, est la meilleure sauvegarde de tous les intérêts.

C'est donc la liberté des transactions que nous venons vous demander de proclamer en matière d'opérations de bourse, comme en toute autre matière commerciale. Nous examinerons rapidement l'état de la législation, l'état des mœurs...

Proposition de loi. — Article 1^{er} : A partir du 1^{er} janvier 1883, toute personne sera libre d'exercer la profession d'agent de change, et les dispositions contraires du Code de commerce, des lois, ordonnances ou arrêtés actuellement en vigueur seront abrogées.

Art. II : Une loi ultérieure statuera sur l'indemnité à accorder aux agents de change, actuellement en exercice. »

Un rapport demandant la prise en considération a été fait au nom de la commission par M. Ernest Lefèvre ; mais le projet de M. Ménard-Dorian présentait une importance et, par suite, des difficultés qui effrayèrent la Chambre. Elle ajourna, c'est-à-dire renonça.

Un autre député, M. Sourigues, a déposé devant la Chambre, à la même date, une proposition de loi ayant pour but de déterminer les conditions auxquelles les valeurs mobilières seront négociées en France. Elle sommeille ; nous croyons inutile de la réveiller.

De notre part, maintenant, une décision est malaisée,

mais devient nécessaire. Les bruits quotidiens nous rassurent ; on va répétant sans cesse une idée banale qui reste toujours vraie, on redit sans se lasser dans les termes que consacre la clarté — à défaut de l'élégance — : chaque institution humaine a ses imperfections, tout travail échappé d'une créature a de bons côtés auprès de surfaces défectueuses, et les conclusions d'un examinateur, les décisions d'un juge dépendent de la position qu'ils ont choisie, se modifient avec l'angle sous lequel ils regardent.

Donc, dirons-nous, à notre tour, il ne faut pas se leurrer ; l'idéal ne s'atteint pas. Le législateur, après avoir édicté une loi longuement mûrie, savamment étudiée, empreinte d'autant de sagesse que de raison, aurait à compter encore sur sa mise en pratique et s'apercevrait peut-être alors que ses décisions, admirées par le rêveur ou l'utopiste, provoquent la juste critique du philosophe. Cette remarque nous la faisons pour répondre, déjà et d'un mot, à l'école socialiste. Sur notre sujet, elle n'hésite pas. Les grands principes du droit naturel fournissent ses considérants et le dispositif de l'arrêt tient en quelques mots : le monopole est totalement aboli.

N'est-il pas évident, ajoute-t-elle, que la liberté du travail plus que toute autre se refuse à l'entrave et rejette la mesure restrictive la plus minime ! Les effets publics et privés sont marchandises ; achats et ventes veulent être dégagés des réglementations. Chacun, devant un contrat à conclure, s'il a besoin d'un intermédiaire le cherchera ; quelques démarches fort simples feront connaître et la capacité et la moralité de l'auxiliaire utile (1).

(1) On ignore pas d'ailleurs que la loi du 18-24 juillet 1866 sur les courtiers de marchandises n'a point su obtenir l'adhésion de l'école économique qui nous occupe.

Si l'expérience n'avait pas été tentée, nous aurions sans doute de la peine, sinon de la répugnance, à rejeter catégoriquement ces *desiderata*, mais aujourd'hui l'*a priori* — qu'on nous pardonne ce mot d'apparence prétentieuse — n'est plus autorisé et notre étude historique répond avec une date : 1791. Un désordre financier, impossible à dépeindre dans son intensité, s'était produit instantanément et la liberté à peine installée donnait le résultat tout opposé à celui qu'on lui demandait. C'est en faveur du plus grand nombre qu'elle était invoquée ; que vit-on ? Une minorité habile fournit les exploiters au détriment d'une majorité naïve qui procura les exploités.

D'ailleurs, une page contemporaine porte une leçon qui n'est point à négliger (1). M. Bastiné, terminant son premier chapitre, après avoir fait connaître les principes inscrits dans la loi du 30 décembre 1867, lance cette réflexion finale : « ... l'auteur croit devoir exprimer une crainte et formuler un vœu qu'il a déjà manifestés ailleurs. Les larges réformes réalisées ne seront-elles pas suivies d'une réaction ? Cela dépend évidemment de l'usage que le commerce fera des libertés que les nouvelles lois lui assurent. Nos mœurs autorisent à croire que nos compatriotes n'abuseront pas plus des libertés commerciales qu'ils n'ont abusé des libertés politiques.

Mais, sur le sol belge, les étrangers jouissent, comme les nationaux, de tous les bienfaits de nos lois. Or, il est des pays où les réformes dans le sens d'une entière liberté n'ont jamais réussi, où les mesures les plus libérales ont toujours été suivies d'une prompte réaction. Ceux qui ont fait échouer la réforme dans leur pays n'abuseront-ils pas

(1) *Code de la Bourse*, ouvrage précité, p. 27.

des libertés que les lois belges leur offrent ? Ne se livreront-ils pas chez nous aux excès que les lois de leur pays prohibent ? Nos mœurs nationales ne pourront-elles pas se corrompre au contact de ces éléments incompatibles avec tout régime libéral ? Déjà certains symptômes se sont manifestés dans les marchés financiers. La loi de 1867 commence à être discréditée, et des doutes s'expriment publiquement sur le succès de la réforme. Pussions-nous ne pas entendre ces lugubres paroles du législateur français, prononcées au commencement du siècle : (Discours de Saint-Jean d'Angely, conseiller d'Etat et orateur du gouvernement, séance du 29 ventôse an ix (20 mars 1801) ; Locré, vol. II, p. 230) (1). »

Et M. J. Bozérian, dont les sentiments généreux sont fort connus, désavoue avec une énergie sans égale la liberté absolue de la profession. Outre les causes déterminantes tirées des données historiques, il montre que la liberté inscrite dans la loi ne se réaliserait pas dans les faits ; inévitablement une association, une corporation se forme et c'est elle qui édicte des règlements, qui se ferme ou s'ouvre à son gré. Elle s'impose peu à peu au public ; elle joue, pour ainsi dire, au monopole.

L'auteur appuie ses affirmations sur des exemples pris à l'étranger et assez concluants, il ne faut pas le dissimuler ; il cherche aussi à tirer une preuve topique de la

(1) Voici le début du passage : « Il est temps de remédier aux nombreux abus, aux maux pressants qui ont été le résultat d'une liberté indéfinie. Toutes les Bourses de commerce offrent le spectacle décourageant du mélange des hommes instruits et probes avec une foule d'agents de change ou de commerce qui n'ont pour vocation que le besoin, pour guide que l'avidité, pour instruction que la lecture des affiches, pour frein que la peur de la justice, pour ressource que la fuite et la banqueroute. »

coulisse parisienne (1). « Quant à la coulisse de Paris, sans être organisée d'une façon aussi régulière (que le Stock-Exchange), sans avoir des statuts aussi formellement rédigés, elle a pourtant ses usages auxquels ses habitués sont tenus de se soumettre. Les plus anciens du métier composent une espèce de syndicat, qui examine les demandes d'admission présentées par ceux qui aspirent à grossir le nombre des coulissiers, s'enquiert de leurs antécédents, de leur capacité et de leur moralité, et ne leur ouvre qu'à bon escient les portes du sanctuaire. Sans doute le syndicat, quand il rejette cette demande, ne peut interdire au postulant l'entrée de la coulisse : il ne peut l'empêcher de se pourvoir d'un carnet et d'un crayon, et de recueillir chez les clients qu'il découvre des ordres d'achat ou de vente. Mais, comme le mot est donné, le nouveau venu ne trouve pas des confrères avec qui il puisse négocier les opérations dont il est chargé ; il est mis en quarantaine et obligé de renoncer promptement à une industrie dont l'accès lui devient impossible. C'est encore le syndicat qui veille à l'observation des usages professionnels, et tranche les difficultés qui s'élèvent entre les coulissiers (2). » ... « Donc, à la coulisse aussi bien qu'ailleurs, la vraie liberté n'existe pas. »

Elle n'est pas de ce monde, paraît-il ; et la génération spontanée n'a encore produit, ici-bas, que des exclusions.

(1) Nous extrayons ces lignes de la *Jurisprudence financière*, n° du 24 mai 1884, mais elles font partie de la *Bourse, ses opérateurs et ses opérations*.

(2) Nous avons lu au cours du mois de novembre 1884 différents articles dans un journal parisien — éminemment parisien même — qui relevaient avec esprit ce pastiche des agents de change. L'écrivain disait en terminant au sujet des coulissiers : « C'est la charge de la charge d'agent que ces messieurs ont voulu établir. » La formule, aussi vraie que dénuée de pédantisme, a double mérite.

Est-il légitime d'en argumenter pour demander au législateur des règlements à outrance et pour consentir à la perpétuation des charges telles que nous les connaissons (1) ? Il ne semble pas, et l'adoption du système mixte inauguré pour les courtiers de marchandises ne laisse pas que de nous sourire. C'est vertu déjà que de fuir le vice, disait un poète latin ; la liberté, de son côté, ne résident-elle pas dans la mise en déroute des restrictions ! Nos Chambres modèleraient avec sagesse une loi sur celle du 18 juillet 1866.

Nous transcrivons les articles 2 et 3 qui en déterminent l'économie dans ses grandes lignes. « Art. 2. Il pourra être dressé par le tribunal de commerce une liste des courtiers de marchandises de la localité qui auront demandé à y être inscrits. — Nul ne pourra être inscrit sur la dite liste s'il ne justifie : 1^o de sa moralité par un certificat délivré par le maire ; 2^o de sa capacité professionnelle par l'attestation de cinq commerçants de la place faisant partie des notables chargés d'élire le tribunal de commerce ; 3^o de l'acquittement d'un droit d'inscription une fois payé au Trésor. Ce droit d'inscription, qui ne pourra excéder trois mille francs, sera fixé, pour chaque place, en raison de son importance commerciale, par un décret rendu en la forme des règlements d'administration publique, et cessera d'être exigé à l'époque où sera amortie l'avance du Trésor, dont il sera parlé à l'article 17. — Aucun individu en état de faillite, ayant fait abandon de biens ou atermolement sans s'être depuis réhabilité, ou

(1) Les agents de change ne sont pas absolument impeccables. Lire dans un ouvrage dont l'éloge n'est plus à faire : *De la Faillite des agents de change*, nos 8 et s. L'auteur est M. E. Thallier, professeur à la Faculté de droit de Lyon.

ne jouissant pas des droits de citoyen français, ne pourra être inscrit sur la liste dont il vient d'être parlé. — Tout courtier inscrit sera tenu de prêter, devant le tribunal de commerce, dans la huitaine de son inscription, le serment de remplir avec honneur et probité les devoirs de sa profession. — Il sera également tenu de se soumettre, en tout ce qui se rapporte à la discipline de sa profession, à la juridiction d'une chambre syndicale, qui sera établie comme il est dit à l'article suivant.

Art. 3. Tous les ans, dans le courant d'août, les courtiers inscrits éliront parmi eux les membres qui devront composer, pour l'année, la chambre syndicale. — L'organisation et les pouvoirs disciplinaires de cette chambre seront déterminés dans un règlement dressé pour chaque place par le tribunal de commerce, après avis de la chambre de commerce ou de la chambre consultative des arts et manufactures. — Ce règlement sera soumis à l'approbation du ministre de l'agriculture, du commerce et des travaux publics. — La chambre syndicale pourra prononcer, sauf appel devant le tribunal de commerce, les peines disciplinaires suivantes : l'avertissement; la radiation temporaire; la radiation définitive, sans préjudice des actions civiles à intenter par les tiers intéressés, ou même de l'action publique s'il y a lieu. — Si le nombre des courtiers inscrits n'est pas suffisant pour la constitution d'une chambre syndicale, le tribunal de commerce en remplira les fonctions. »

Le rachat des charges, nous dira-t-on, est alors de rigueur ! C'est vrai, et nous reconnaissons qu'il ne s'effectuerait pas à bon marché : cent cinquante ou deux cents millions. La proposition de ce crédit surprendrait désagréablement tout ministre des finances, mais voilà

une objection à laquelle nous avons le droit de ne pas répondre, car, sans exciper de conclusion plus théorique que pratique, le rachat, nous le remarquerons, impossible à un moment donné, peut devenir réalisable.

A ce propos, nous terminerons par une observation, par une sorte de conseil rétrospectif. Un ministre intervient à tout transfert de charge ; il prend connaissance du prix de cession et généralement donne un consentement qui est devenu de style. Les exigences du vendeur, souvent excessives, se trouvent régularisées, et des augmentations considérables dans les prix se sont produites en notre matière surtout. Il eût été possible cependant d'établir sans injustice une sorte de *statu quo* : le titulaire, à son départ, cédait au prix d'achat invariablement.

Si, tandis qu'il exerçait, le mouvement des affaires s'était accru, si les bénéfices s'étaient développés, il fallait en chercher les causes dans l'habileté, la science, l'honnêteté dont il avait fait preuve. Ces raisons, toutes personnelles, ne devaient avoir aucune influence sur le prix de cession ; autrement on fait — c'est presque certain — une dupe du successeur qui ne saura se montrer un homme aussi complet et dont les qualités seront en nombre inférieur.

Un officier ministériel adroit et actif élève, chaque année, la quotité de ses gains ; il touche ainsi, en espèces sonnantes, la récompense de son travail, mais ne doit point en chercher une nouvelle en majorant, le jour où il quitte les affaires, un prix que l'on comprend immuable.

Parfois, abstraction faite du titulaire, la charge a pris de l'extension par suite de circonstances tirées de l'économie politique, circonstances qui, particulièrement changeantes, — les révolutions de cette nature abondent, —

ne sauraient équitablement réagir sur le prix dans un sens ou dans l'autre, en plus ou en moins.

Inversement l'on peut voir un office mal dirigé perdre son importance initiale. Il serait vendu néanmoins aux conditions d'achat, à un taux par conséquent raisonnable si la pratique préconisée par nous avait toujours été observée. Le successeur, cette fois, aurait eu toutes chances de se montrer supérieur à celui qu'il remplaçait ; les bénéfices mérités, la récupération rapide de l'argent déboursé ne se seraient pas fait attendre.

Bref, sans plus amples développements, il est facile de concevoir que la somme primitive, représentation du prix, soit indéfiniment restée la même.

Notre remarque finale est empreinte d'une certaine justesse, on en conviendra ; mais elle arrive tardivement. Nous semblons indiquer une hygiène salubre pour une personne devenue incurable. La faute ne nous sera point imputée.

Avec des pratiques différentes, le remboursement, qui effraie tant de nos jours, aurait pu être envisagé tranquillement. La considération d'un budget n'aurait jamais constitué ni une fin de non-recevoir, ni un mode puissant d'argumentation. Elle ne serait point, en notre matière, aujourd'hui et demain, l'*ultima ratio* d'un gouvernement quel qu'il soit.

Si l'on veut faciliter le progrès, il faut avec persistance fouiller l'horizon où se lèvent les réformes. Prévoir l'avenir pour le préparer, n'est-ce pas la sagesse du présent ?

APPENDICE

M. Rafael de Labra nous avait adressé, de lui-même, le Code de commerce récemment appliqué dans le pays qu'il représente avec tant de distinction, et le Portugal — on l'a lu — songeait de son côté à réformer sa législation ; précisément, M. Oliveira Martins, un éminent député de cette nation, nous fait aujourd'hui parvenir une proposition de loi, en cours de discussion, ayant trait aux courtiers.

L'actualité et l'intérêt dus à l'intervention étrangère que devait seuls renfermer notre étude, ont ainsi chance d'être augmentés par un *post-scriptum*, d'autant que les Etats-Unis auront également leurs pages : une note érudite due à M. Henry Cachard, avocat au barreau de New-York, résidant à Paris, prendra la suite en terminant cet opuscule. Mais nous tenons à honneur de répéter aux aides précieux qui mettent si facilement leur science à la disposition d'autrui, qu'ils ne sauraient trop compter sur notre reconnaissance.

PORTUGAL

Titre VII du code en projet.

DES COURTIERES.

Art. 70. — La charge de courtier est personnelle, publique, virile et de nomination royale.

Art. 71. — La nomination de courtier ne pourra porter

que sur un citoyen portugais ou un étranger naturalisé, qui, outre qu'il aura la capacité commerciale, jouira d'une bonne réputation et se trouvera de plus dûment habilité à concourir.

Art. 72. — Les opérations des courtiers consisteront à :

1^o Acheter ou vendre pour leurs commettants, des marchandises, des navires, des fonds publics, des actions de sociétés légalement constituées, des lettres de change et de risques maritimes, des chèques, des billets et autres crédits et obligations commerciales;

2^o Faire des négociations d'escompte, d'assurances, de frets et d'emprunts;

3^o Prêter en général leur ministère pour toutes les opérations de Bourse, et dans tous les cas où la loi exige leur intervention.

Art. 73. — Avant d'entrer dans l'exercice de leurs fonctions, les courtiers fourniront une caution convenable du bon accomplissement de leurs devoirs :

§ 1. — Cette caution est spécialement obligée à garantir de la responsabilité contractée par les courtiers dans les opérations dans lesquelles ils interviendront.

§ 2. — Le montant de la caution ne sera pas sujet à des réclamations pour d'autres responsabilités contractées par les courtiers, avant ou après qu'ils l'aurent fournie, et qui procéderont de contrats où ils seront intervenus autrement qu'en qualité de courtiers.

Art. 74. — Les courtiers sont obligés :

1^o De s'assurer de l'identité et de la capacité légale pour contracter des personnes dans les affaires desquelles ils interviendront, et, si le cas se présente, de la vérité des signatures des contractants;

2^o De proposer, avec exactitude et clarté, les affaires

dont ils seront chargés, en procédant de manière à ne pas pouvoir induire en erreur les contractants ;

3° D'observer, en ce qui concerne les négociations qu'ils feront, un secret complet sur tout ce qui pourrait faire obstacle à leur réalisation, et de ne pas révéler les noms de leurs commettants, sauf si ceux-ci y consentent, ou si la loi ou la nature de l'affaire l'exige ;

4° De répondre de l'authenticité de la signature du dernier signataire, dans les négociations de titres qui se feront par leurs mains et concernant ces signatures ;

5° De recevoir du cédant, dans les négociations dont il s'agit dans le numéro qui précède, les titres respectifs et les remettre au cessionnaire, recevoir de ce dernier le prix et le payer au premier, sauf si l'usage de la place est autre, ou si les comparants ont stipulé de faire ces livraisons différemment ;

6° De présenter les lettres de change dans les négociations y relatives, purement et simplement, sans prétendre juger de leur bonté, ni rechercher les motifs de leur refus ;

7° D'assister à la livraison des choses vendues par leur intervention, pourvu que cela soit exigé par l'un des contractants, ou quand tel sera l'usage de la place ;

8° De donner, aux frais des intéressés, un certificat des articles résultant de leurs livres, relatifs aux contrats de ceux-ci, sans distinction de l'affaire, et tous autres qui leur seront ordonnés par l'autorité compétente.

Art. 75. — Les courtiers tiendront :

Un carnet manuel dans lequel ils inscriront, même seulement au crayon, toutes les opérations faites par leur entremise, au moment de leur conclusion, en indiquant en résumé leur objet et leurs principales conditions.

Un protocole, légalisé dans les termes prescrits pour

les livres indispensables aux commerçants dans lequel seront inscrites plus en détail, jour par jour, par ordre de date, par articles distincts, sans abréviations, ni ratures, toutes les conditions des ventes, achats, assurances, négociations, et généralement toutes les opérations faites par leur intermédiaire.

Art. 76. — Les courtiers remettront aux clients, au moment où le contrat deviendra parfait, une copie des mentions portées dans leur carnet, et s'il est exigé, une copie du contrat pareille à celle qui est inscrite dans le protocole, signée par le courtier et par les parties si elles en sont convenues.

§ unique. Sont maintenues les dispositions spéciales aux opérations de Bourse.

Art. 77. — Les protocoles des courtiers qui seront régulièrement inscrits et conformément aux notes du carnet manuel, et aussi les copies qui en seront fidèlement extraites, feront foi en justice, entre les contractants, quand la validité des contrats ne dépendra pas d'après la loi d'une autre formalité extérieure, de la même façon que font foi les documents authentiques extra-officiels.

§ unique. Les protocoles des courtiers officiels qui auront dû se démettre par motif de fraude, ne feront foi aucune en justice.

Art. 78. — Les inscriptions du carnet manuel et celles du protocole des courtiers ne leur profiteront pas, comme moyen de preuve devant le tribunal.

Art. 79. — Les inscriptions dont fait mention l'article qui précède, ainsi que toutes notes ou minutes données par les courtiers, relativement aux négociations dans lesquelles ils sont intervenus, feront preuve contre eux, en cas de réclamation.

Art. 80. — Les livres des courtiers sont assujettis à l'examen des tribunaux de commerce et à celui des arbitres, dans le cas où l'examen serait ordonné judiciairement.

Art. 81. — Les courtiers ne peuvent pas, sans motif légal, se refuser à rendre les services de leur ministère, à toute personne qui les réclamera et sera prête à fournir les justifications qu'ils ont le droit d'exiger, sous peine d'être responsables de toutes les pertes et dommages auxquels leur refus aurait donné lieu.

Art. 82. — Le courtier qui ne révélera pas à l'un des contractants le nom de l'autre, se rend responsable de l'exécution du contrat, en demeurant, du moment qu'il l'a exécuté, subrogé dans les droits de l'un vis-à-vis de l'autre.

§ 1. — Dans les cas prévus par cet article le courtier pourra exiger de son commettant les sûretés qu'il jugera nécessaires pour couvrir sa responsabilité.

§ 2. — Si la négociation sur les fonds publics est à terme, et si, pendant ce terme, il y a un changement dans les charges respectives, le courtier pourra exiger une augmentation de la sûreté, et si elle ne lui est pas donnée, procéder de suite à la liquidation.

§ 3. — Pour qu'il puisse être constaté, soit en jugement, soit hors, que les contractants ont eu connaissance de la personne pour le compte de laquelle la négociation a été faite, le courtier pourra exiger d'elle les déclarations écrites qu'il jugera nécessaires pour couvrir sa responsabilité.

Art. 83. — Outre la responsabilité qu'encourent les courtiers en leur qualité de courtiers, par suite du défaut d'accomplissement de l'une des obligations qui leur sont

imposées par l'art. 74, les courtiers sont soumis à celle qui découle des contrats de mandat et de commission, dans la partie applicable aux négociations dans lesquelles ils interviendraient, en ayant de la même manière, contre les commettants, les droits qui découlent en leur faveur des mêmes contrats.

Art. 84. — La responsabilité des courtiers pour les affaires dans lesquelles ils sont intervenus en cette qualité, est prescrite au bout des six mois, comptés de la conclusion du contrat.

Art. 85. — La faillite des courtiers doit toujours être présumée frauduleuse.

Art. 86. — Il est interdit aux courtiers :

1^o D'exercer le commerce pour leur compte personnel ;
2^o D'assurer ou de prendre sur eux des risques commerciaux ;

3^o D'intervenir dans les négociations de valeurs ou de titres appartenant à des commerçants faillis, après que le jugement déclaratif de faillite aura été publié officiellement ;

4^o D'acquérir pour eux-mêmes des valeurs ou des titres, de la négociation desquels ils seraient chargés, sauf s'ils ont à répondre des manques de l'acheteur envers le vendeur ;

5^o De fournir quelque caution dans un contrat fait avec leur intervention soit dans l'écrit même, soit séparément ;

6^o De donner des certificats n'ayant pas de rapports avec leurs livres tout en pouvant, quand il n'y a point d'inscription dans les livres, attester ce qu'ils savent comme ayant été présents et ayant entendu, alors que cela leur sera ordonné par l'autorité compétente ;

7^o D'être teneurs de livres, gérants, commis ou em-

ployés de commerce de quelque dénomination que ce soit.

Art. 87. — Les courtiers auront droit à un courtage qui sera fixé dans le tableau y relatif.

Art. 88. — Quand un courtier interviendra seul dans une négociation, il recevra le courtage de chacun des contractants.

§ unique. — S'il intervient plus d'un courtier, chacun d'eux aura droit seulement à recevoir le courtage de son commettant.

Art. 89. — Le courtage est dû, encore que le contrat ne se réaliserait pas par quelque accident imprévu ou par la faute de l'un des contractants.

§ unique. — Le courtage est également dû au courtier qui a commencé la négociation, si le commettant a chargé de sa terminaison une autre personne, ou s'il l'a terminée par lui-même.

ÉTATS-UNIS

(Note de M^e Henry Cachard.)

Il n'existait pas de Bourses aux Etats-Unis avant le commencement de ce siècle, époque à laquelle les agents de change de Philadelphie se constituèrent en une organisation soumise à des règlements fixes. Les agents de change de New-York suivirent cet exemple quelques années plus tard, et fondèrent une Bourse en 1817, en empruntant à la Bourse de Philadelphie une partie de ses règlements. Aujourd'hui, la Bourse de New-York compte onze cents membres, et en 1881 les ventes d'actions

s'élevaient au chiffre de 128,162,466, ce qui représente douze milliards huit cent seize millions deux cent quarante-six mille six cents dollars, ou environ soixante-cinq milliards de francs.

La Bourse de New-York est une association existant en vertu d'une constitution et de statuts. Elle est régie par un conseil composé de quarante-deux membres. Pour être admis au nombre de ses membres, il faut avoir vingt et un ans et être citoyen des Etats-Unis. Les agents de change n'ont pas un caractère officiel comme en France, et ne jouissent pas d'un monopole.

On ne peut assimiler l'association des agents de change ni à une société civile ou commerciale, ni à une société anonyme. C'est une réunion d'individus qui ont pris un lieu en commun pour leurs affaires, s'engageant à faire face à leurs dépenses. Chaque membre de l'association touche ses propres profits et n'est pas responsable des pertes des autres. L'association ne correspond donc à aucune des personnes morales reconnues par la loi et elle ne jouit pas du droit fondamental de toute personne : celui de propriété. Aussi a-t-il fallu, pour faire l'acquisition d'un terrain et construire la Bourse, organiser une société anonyme qui est composée d'agents de change. Toute personne élue membre de la Bourse a droit à un *seat* (siège) ou à une part de l'association. Les *seats* peuvent être vendus, mais le nouveau titulaire doit être admis par un vote des deux tiers du comité. La valeur des *seats* a varié dans les dernières années de 20,000 à 35,000 dollars, soit de 100,000 à 175,000 francs.

L'association a le droit de prendre des mesures pour assurer le bon ordre intérieur et peut prononcer la suspension ou la radiation de ses membres.

Un comité d'arbitrage existe pour régler les contestations qui peuvent survenir entre les membres. Ce comité a le grand avantage de maintenir une discipline sévère et d'empêcher que les désaccords qui surgissent soient portés devant les tribunaux.

Tout membre qui manque à ses engagements ou qui devient insolvable est tenu d'avertir immédiatement le président de la Bourse, et sa déconfiture est immédiatement annoncée dans la salle publique. Il a trois jours pour rembourser ses emprunts et sept jours pour liquider ses opérations.

Il existe aux Bourses de New-York et de Philadelphie des caisses de secours pour les familles des membres défunts. Ces caisses sont alimentées par un prélèvement auquel est astreint chaque membre, lorsqu'il survient un décès. Le montant que paye la Bourse de New-York à la famille d'un membre qui meurt, est de dix mille dollars (cinquante mille francs). Vingt-cinq mille francs sont remis à la veuve, et les autres vingt-cinq mille francs sont répartis entre les enfants. Cette prime, qui correspond à une assurance, est insaisissable.

La vente et l'achat des titres se font habituellement par les agents de change, *brokers*. Les valeurs offrant une certaine sécurité sont seules cotées à la Bourse, et le public est ainsi protégé et tenu en garde contre les entreprises et les aventures lancées pour surprendre sa bonne foi et sa crédulité.

Il y a deux listes de valeurs : la liste régulière et la liste libre : pour faire mettre une valeur sur une liste, il faut adresser une demande au comité, en donnant le montant du capital, le nombre des actions, les ressources de la société, etc.

A coté des agents de change se trouvent les *curbstone brokers* qui sont des coulissiers, opérant en dehors de la Bourse. Les agents de change, comme nous l'avons déjà fait remarquer, n'ont pas un monopole, et à New-York, il a été question d'organiser une seconde Bourse.

L'agent de change exige habituellement un dépôt de 10 % sur le prix des valeurs qu'il doit acheter pour son client. Ce dépôt s'appelle *margin*, marge. Si le *margin* vient à être insuffisant par la baisse des valeurs, l'agent de change en exige, d'habitude, le renouvellement.

L'achat des titres se fait verbalement : si le nombre n'en est pas spécifié, l'opération est pour cent actions. Toute offre faite et acceptée devient obligatoire. Si une réclamation quelconque est faite, le directeur qui préside la juge ; mais sa décision est soumise à un appel devant le conseil.

Dans le cas d'un désaccord au sujet d'un achat de valeurs, la différence en argent est immédiatement établie par une vente ou un achat par un des directeurs. Tous achats et ventes sont réglés le jour suivant à moins d'arrangement contraire.

Les agents de change gardent secrets les noms des personnes pour lesquelles ils opèrent : ils s'en tiennent à leur responsabilité réciproque, et dans la pratique il n'arrive jamais qu'un agent de change mette en cause le client de son confrère.

La commission de l'agent de change peut être fixée d'un commun accord entre lui et son client ; mais le taux uniforme à la Bourse de New-York est d'un huitième pour cent. Les règlements ne permettent pas que ce taux soit dépassé ; par contre il est souvent réduit, surtout lorsqu'un agent de change opère pour un autre.

En parlant d'un pays où la preuve testimoniale est admise en tout et pour tout, et où elle joue un rôle si important qu'elle arrive quelquefois à modifier la preuve par écrit, il ne paraît pas inutile de dire à quelles déclarations l'agent de change peut être contraint.

La loi ne reconnaît pas que les agents de change soient tenus au secret professionnel, et les tribunaux les ont quelquefois forcés à dévoiler certains faits se rattachant à leurs rapports avec leurs clients ou à dévoiler les noms de ceux-ci. Les agents de change ont toujours essayé de s'abriter derrière le secret professionnel, mais les tribunaux les ont, dans quelques cas assez rares du reste, forcés à parler. Dans une affaire du *Mercantile credit association*, le liquidateur ne parvenant pas à faire rentrer un appel adressé à un actionnaire, D..., tâcha d'obtenir de C..., l'agent de change qui avait vendu les actions à D..., des renseignements sur son client. C... refusa de fournir les renseignements et le liquidateur obtint un jugement pour faire interroger C... sur les faits qu'il avait intérêt à connaître.

Les opérations de Bourse sont faites au comptant. Il existe aussi un genre de spéculation qu'on appelle *put* (mettre) et *call* (appeler). Le *put* est un engagement d'option, excepté que la partie qui a l'option peut remettre un certain nombre de valeurs à l'autre. Le *call* est un engagement par lequel une partie doit remettre à l'autre un certain nombre de valeurs à un certain jour et pour un prix convenu.

Il y a aussi le *spread eagle* (aigle déployé) qui combine les avantages du *put* et *call* et par lequel une partie a le droit de remettre ou de se faire remettre un nombre convenu d'actions à un prix stipulé d'avance.

Les spéculateurs sont appelés *bulls* (taureaux) s'ils opèrent en vue d'une hausse et *bears* (ours) s'ils sont pour la baisse.

L'agent de change est tenu d'acheter les valeurs désignées par le client ; et il n'est pas responsable s'il agit avec prudence et un soin raisonnable. Les tribunaux ont décidé à plusieurs reprises que l'agent de change ne pouvait être garant des valeurs qu'il achetait et que ses fonctions ne consistaient pas à fournir des titres inattaquables. Aussi, s'il a pris toutes les précautions et agi avec toute la prudence d'un acheteur soigneux et circonspect, il sera exonéré de toute responsabilité.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — La clause pénale n'a pas pour effet de rendre indivisible une obligation principale qui n'a pas par elle-même ce caractère.

II. — La clause pénale peut avoir pour effet de nover l'obligation principale à laquelle elle est adjointe.

III. — A aucune époque, les pactes et stipulations ne purent constituer les servitudes comme droits réels sans le secours d'une quasi-tradition.

IV. — La nature de la servitude rurale ou urbaine ne dépend ni de la qualité du fonds dominant ni de celle du fonds servant.

V. — Les servitudes prédiales passives ne donnent pas lieu à la garantie du chef d'éviction.

VI. — L'erreur de droit ne fait pas obstacle à la répétition de l'indû.

VII. — A la suite d'une *datio in solutum* le créancier évincé peut recourir contre le débiteur par l'action *utilis ex emplo*.

VIII. Le *dolus dans causam contractui* ne rend pas nul de plein droit le contrat de bonne foi.

DROIT CIVIL

I. — Les contrats irréguliers sont inexistants ou nuls.

II. — Dans les conventions, en général, la nullité absolue se confond avec l'inexistence.

III. — Une partie ne peut répéter la prestation par elle fournie à la suite d'un contrat inexistant lorsque la règle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* lui est opposable.

IV. — Le tuteur d'un interdit ne peut intenter en son nom l'action en désaveu de paternité.

V. — Une femme mariée peut contracter un engagement théâtral avec l'autorisation de justice lorsque celle du mari lui fait défaut.

VI. — La loi du 28 mars 1885, qui valide les marchés à terme, n'a pas effet rétroactif.

VII. — En principe, les sociétés civiles ne sont pas des personnes morales.

DROIT COMMERCIAL

I. — Le monopole des agents de change porte sur les « effets publics et autres susceptibles d'être cotés »,

c'est-à-dire sur tous les effets qu'un texte formel n'éloigne pas de la cote.

II. — L'agent de change n'est pas inévitablement un *commissionnaire*.

III. — Avant la loi du 28 mars 1885, les marchés à terme n'étaient pas valables.

IV. — Les opérations de coulisse constituent des contrats inexistantes.

V. — Le report n'est pas un prêt sur gage.

VI. — L'art. 4 de la loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire n'est pas applicable aux tribunaux de commerce.

VII. — Un failli non réhabilité peut être gérant d'un journal.

VIII. Le syndic d'une faillite ne peut, malgré le dessaisissement, opérer mainmise sur les titres de rentes sur l'Etat appartenant au failli, en raison de l'insaisissabilité consacrée par les lois du 8 nivôse an VI et 22 floréal an VII.

IX. — Le vendeur de marchandises non encore livrées, lors de l'ouverture de la faillite de l'acheteur, peut demander la résolution de la vente avec dommages et intérêts en vertu des articles 1184 et 1684 du Code civil.

X. — Le syndic ou le liquidateur d'une Société anonyme en faillite ou en liquidation ne peut pas faire des appels de fonds auprès des actionnaires sans justifier préalablement des besoins de la faillite ou de la liquidation.

ÉCONOMIE POLITIQUE

I. — La propriété littéraire et artistique devrait être perpétuelle.

II. — Le système du monopole d'émission est préférable au régime de la liberté des banques.

DROIT CRIMINEL

I. — L'intention de nuire n'est pas un élément constitutif du délit prévu et puni par l'art. 378 du Code pénal.

II. — L'amende édictée par l'art. 8 de la loi du 28 ventôse an IX doit être calculée, de nos jours encore, en tenant compte des prescriptions de l'art. 9 de la même loi.

VU ET APPROUVÉ :

Les Membres de la Commission,

E. BAILLY, E. RENARDET.

Vu :

Le Doyen,

VILLEQUEZ.

Permis d'imprimer.

Le Recteur de l'Académie de Dijon,

C. CHAPPUIS.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. Plan de l'ouvrage	5
CHAPITRE I ^{er} . <i>Notions historiques.</i> Sommaire	7
CHAPITRE II. <i>De l'étendue du monopole des agents de change</i>	41
SECTION I. Valeurs dont la négociation est réservée aux agents de change. Sommaire	42
Effets susceptibles d'être cotés. Différents systèmes.	44
SECTION II. Opérations réservées aux agents de change. Sommaire	61
L'agent de change échappe à un qualificatif unique.	70
Questions et hypothèses particulières	78
Certaines circonstances peuvent-elles enlever à l'immixtion son caractère délictueux?	89
CHAPITRE III. <i>Sanctions du monopole des agents de change.</i>	97
SECTION I. Sanctions pénales. Sommaire.	98
Le chiffre du sixième se calcule-t-il sur le cautionnement actuel?	99
SECTION II. Sanctions civiles	103
§ I. Des dommages-intérêts	103
§ II. De l'inexistence. Sommaire.	104
I. Textes établissant la nullité expresse.	106
Nullité virtuelle	108
Inexistence	114

II. Rapports du client et du coulissier	115
Question de preuve.	118
III. Caractère infligé à la nullité par ceux qui la reconnaissent.	120
Notre doctrine peut amener à la sanction civile certains dissidents	123
IV. Effets des opérations de coulisse	124
La répétition est admise	125
La répétition est rejetée en vertu de l'art. 18 de l'arrêt du 24 septembre 1724.	126
Nous la rejetons en vertu des principes géné- raux	127
CHAPITRE IV. <i>Législations étrangères. Propositions de lois.</i>	
<i>Conclusion</i>	131
Législations étrangères	132
Propositions de lois.	142
Conclusion : adoption du système mixte appliqué aux courtiers de marchandises par la loi du 18-24 juillet 1866	148
APPENDICE.	153
Projet de Code de commerce soumis par M. le Ministre de la justice aux Chambres portugaises, en cours de discussion.	153
Note de M ^e Henry Cachard sur les Etats-Unis	159

